GABRIELA MACIEL LAMOUNIER (ORG)

ENTENDENDO OS PRINCÍPIOS PENAIS

EXPERT
EDITORA DIGITAL

O ordenamento jurídico penal brasileiro tem como sustentáculo os princípios penais explícitos e implícitos na Constituição da República Federativa brasileira. Tais princípios orientam a interpretação e aplicação das normas penais nos casos concretos.

Os princípios penais são de muita importância e de intensa relevância para a existência do Estado Democrático de Direito, uma vez que direta ou indiretamente os princípios penais buscam proteger o indivíduo contra o poder arbitrário do Estado.

À luz da Constituição da República Federativa do Brasil a aplicação dos princípios penais possibilita a aplicação e cumprimento de sanções penais com caráter humanista, buscando atingir as finalidades da pena, qual sejam, a reprovação, a prevenção e a ressocialização.

Para tanto, a visão de diferentes autores que participaram desta obra tem o intuito de analisar de forma clara e detalhada cada um dos princípios penais, contendo também um exame jurisprudencial de muitos deles.

Autores:

Alexandre Lima Grochowski Sabino
Alinne Silva Lima
Alysson Rafael dos Anjos
Amanda Ferraz Rodrigues de Almeida
Amanda Rodrigues Gonçalves
Andreia Fargnoli Barbosa
Bruno Alves Silva
Camila Vitória Gonçalves
Carlos Diego dos Santos Pereira
Emmanuel Silva Lima
Gabriela Maciel Lamounier
João do Nascimento
José Lúcio da Silva Martins
Josimary Rodrigues S. Gonçalves
Nayara Lorena Silva Santos
Pedro Henrique de Prates Souza
Raphael Araújo Silva

ISBN 978-65-89904-75-5

ENTENDENDO OS PRINCÍPIOS PENAIS

CONSELHO
EDITORIAL

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do Autor
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
LAMOUNIER, Gabriela Maciel (Org)
Titulo: Entendendo os Princípios Penais - Belo Horizonte - Editora Expert - 2022.
Organizadores: Gabriela Maciel Lamounier (Org)
ISBN: 978-65-89904-75-5
Modo de acesso: https://experteditora.com.br
1.Direito Penal 2. Princípios Penais 3.Lei Penal; I. I. Título.
CDD:341.5

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

AUTORES

Alexandre Lima Grochowski Sabino
Alinne Silva Lima
Alysson Rafael dos Anjos
Amanda Ferraz Rodrigues de Almeida
Amanda Rodrigues Gonçalves
Andreia Fargnoli Barbosa
Bruno Alves Silva
Camila Vitória Gonçalves
Carlos Diego dos Santos Pereira
Emmanuel Silva Lima
Gabriela Maciel Lamounier
João do Nascimento
José Lúcio da Silva Martins
Josimary Rodrigues S. Gonçalves
Nayara Lorena Silva Santos
Pedro Henrique de Prates Souza
Raphael Araújo Silva

PREFÁCIO

O Direito, em sentido lato, funciona como um elemento norteador e organizador de uma sociedade. Mesmo tendo várias frentes, a área mais aparente ao cidadão comum é o Direito Penal, vez que objetiva genericamente penalizar e, porque não coibir, aquele que se desvirtua da esperada organização que uma sociedade escolhe para si.

Uma sociedade que se sente segura é aquela que possui um conjunto de leis e princípios que possibilitam uma resposta certeira, proporcional e rápida à sociedade, não só na esfera criminal, mas, sobretudo, nela, como última possibilidade de correção e/ou separação do indivíduo que corrompeu a ordem social, dos cidadãos de bem.

Apesar de muitos não perceberem, os princípios penais, muitas vezes, são mais importantes do que os tipos penais em si, já que esses últimos são vazios da consciência coletiva da sociedade, isto porque o princípio traz consigo o elemento moral do coletivo, que aponta para aquilo que é importante e deve ser observado pelo Estado, para que o indivíduo não seja penalizado desproporcionalmente ao direito que lesou.

Interpretando o Código Penal Brasileiro à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988, observa-se a adoção dos princípios penais, sendo que, alguns são previstos expressamente nos textos constitucional e penal, enquanto outros têm previsão implícita.

Os princípios penais são de extrema importância para a limitação da intervenção punitiva estatal, já que funcionam como uma lente que direciona e filtra o olhar, nas decisões judiciais.

Os princípios penais existentes na Lei Penal Brasileira são: Legalidade, Irretroatividade da Lei Penal, Intervenção Mínima, Insignificância, Adequação Social, Lesividade/Ofensividade, Pessoalidade, Culpabilidade, Limitação das Penas/Humanidade e Proporcionalidade.

Aplicados em relação à forma de incriminação, há os Princípios da Legalidade e da Irretroatividade da Lei Penal. Quanto ao conteúdo dessa incriminação, aplicam-se os Princípios da Intervenção Mínima,

da Insignificância, da Adequação Social e da Lesividade/Ofensividade. Sobre a possibilidade de imputação, aplicam-se os Princípios da Pessoalidade e da Culpabilidade e, por fim, em relação à sanção penal, aplicam-se os Princípios da Limitação das Penas/Humanidade, da Proporcionalidade, da Pessoalidade novamente e o da Individualização das Penas.

A presente obra objetiva apresentar e debater os princípios penais aplicados ao Direito Brasileiro, de forma honesta, a fim de se debruçar sobre os problemas reais da nossa sociedade, possibilitando a compreensão de suas aplicações em casos concretos, além da necessidade de acompanharem o desenvolvimento da sociedade, como organismo em constante mudança que é! Boa leitura!

Raquel Ferreira de Souza
Professora de Ensino Superior
Advogada S.L.A Advocacia Sistêmica

SUMÁRIO

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PENAL

Gabriela Maciel Lamounier[1]
João do Nascimento[2]

RESUMO: Este artigo propõe uma discussão sobre o Princípio da Dignidade Humana e algumas interlocuções acerca de seu efeito irradiante no ordenamento jurídico brasileiro. Tal princípio é o mais importante do ordenamento jurídico brasileiro e não é um princípio exclusivamente do Direito Penal. O objetivo deste artigo é fazer argumentações do que se entende sobre a dignidade humana, sua amplitude no direito brasileiro e seus reflexos no Direito Penal. A metodologia utilizada foi a teórico-bibliográfica, desenvolvida através de doutrinas e artigos jurídicos publicados em revistas impressas ou eletrônicas. Utiliza-se também a pesquisa documental, desenvolvida através de jurisprudências e da legislação brasileira.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Dignidade Humana. Efetividade.

INTRODUÇÃO

A dignidade humana é inerente a cada ser, pois se um homem precisa ter sua integridade respeitada, logo todos os homens precisam desse respeito e dessa condição básica. Sendo assim, o indivíduo é o

---

1 Advogada – S.L.A. Advocacia Sistêmica. Professora universitária. Especialista em Direito Processual e Direito Ambiental pela PUC/MG. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestra e Doutora em Direito Público e Pós-Doutora em Direito Penal pela PUC/MG. E-mail: gabilamounier78@gmail.com.

2 Advogado. Licenciatura em História pela Faculdade de Sete Lagoas. Especialista em Direito Militar, Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Pedagógico de Minas Gerais. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Castelo Branco. Especialista em História da Ciência pela UFMG. Especialista em História e Cultura Mineira pela Faculdade de Pedro Leopoldo. Professor licenciado em História. E-mail: adv.joao.20@gmail.com

sujeito dos fins jurídicos, pois o direito visa efetivar a justiça, e dessa forma, se alguém ofuscar a dignidade humana, está vilipendiando o maior dos princípios constitucionais e fundamentais.

Para se falar dignidade humana, primeiramente deve-se voltar os esforços normativos para a valorização do ser humano, pois não há que se falar em vida digna se o indivíduo tem as condições elementares violadas.

O Princípio da Dignidade Humana é limitador para as diversas ações sejam públicas ou sejam privadas, pois todas elas estão voltadas a garantir um patamar mínimo necessário aos indivíduos para a vida em sociedade.

Independente de merecer ou não, os indivíduos tem o direito de ter a dignidade humana garantida pelo Estado, pois a função estatal é propiciar um *status quo* que possibilite que os membros da sociedade consigam alcançar uma condição básica para se viver com dignidade.

No Brasil, inúmeras mazelas assolam a sociedade, indo desde cerceamento a direitos fundamentais básicos, tais como educação, saúde, moradia, até direitos fundamentais ligados ao acesso à justiça, como, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório.

No primeiro capítulo estuda-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição Federal e sua violação pelo próprio Estado. Já no segundo capítulo, a dignidade humana é abordada perante o Direito Penal, ressaltando o sistema carcerário e a possibilidade da aplicação da teoria da coculpabilidade. No terceiro capítulo, por fim, é feita análise jurisprudencial da aplicação do Princípio da Dignidade Humana.

1 A DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, prevê a dignidade humana como um de seus fundamentos:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988)

A dignidade humana não é um princípio banalizado no ordenamento jurídico, é um bem supremo que o legislador positivou para evitar que o ser humano não seja tratado como objeto, como inúmeros indivíduos foram tratados nos períodos coloniais em que a escravidão atribuiu ao ser humano o status de *res vocale* (coisa que fala), e nos regimes ditatoriais, onde a dignidade foi vilipendiada, e o ser humano foi visto como inimigo do estado.

A dignidade humana é um princípio fundamental, constituindo uma diretriz obrigatória a todos os operadores do Direito (FAVORETTO, 2012).

Segundo as normas jurídicas, o ser humano é sujeito de direitos e obrigações, mas nenhumas delas compactuam com tratamento indigno, vexatório, degradante ou desumano, pelo contrário irradiam a força normativa para direcionar esforços na erradicação das condutas antijurídicas que subjugam a pessoa e maculam sua dignidade. Ainda que esse indivíduo seja um condenado perante a justiça criminal.

Como centro da ordem constitucional e do ordenamento jurídico brasileiro, não é tarefa fácil conceituar a dignidade da pessoa humana, porque é um complexo garantidor de inúmeros direitos.

1.1 CONCEITO

A dignidade humana é um complexo existencial de direitos básicos, sem os quais nenhum indivíduo teria o mínimo existencial, tornando uma falácia jurídica a afirmação que todos são iguais perante a lei, mostrando-se ineficaz a força jurídica que condicionam as

pessoas a circunstâncias que as convergem a uma vida fora dos limites que garantam um patamar de humanidade. A dignidade humana pressupõe a igualdade básica entre os indivíduos, garantindo-lhes o que for elementar para viver bem em sociedade.

Para Vivente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010), a dignidade humana não se funda em bens patrimoniais, em classes ou instituições, mas na pessoa, no ser humano.

> O Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana. São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da ideia de dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem.
> A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010)

Falar em dignidade humana é falar no ser humano incluído socialmente (SILVA, 2016).

Na visão de Guilherme Nucci (2017) a dignidade humana tem um aspecto objetivo quando se trata do mínimo existencial de qualquer pessoa que deve ser garantido pelo Estado, como moradia, alimentação, saúde, educação, etc. E possui também um aspecto subjetivo que se relaciona à autoestima e respeito que todo indivíduo merece ter.

Segundo Gilmar Mendes,

> (...) é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. (MENDES, 2014, p. 153)

A dignidade humana é princípio base para a fruição de outros direitos fundamentais, que sem ela não podem ser alcançados. É postulado necessário para igualar os seres humanos, pois ninguém pode ter sua dignidade suprimida, ela é limitadora contra o arbítrio e as injustiças.

1.2 A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Apesar de possuir um *status* de princípio fundamental e ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o próprio Estado não tem cumprido com seus deveres para garantir e preservar a dignidade humana, principalmente por não assegurar direitos sociais básicos, como os previstos no artigo 6º da Constituição Federal (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, etc).

Diante da corrupção e da má administração pública, o Estado mostra-se um grande violador desse princípio. (SILVA, 2016)

Não se pode banalizar o princípio da dignidade humana, pois ele é um princípio base, garantidor de condições mínimas para que as pessoas naturais vivam nos padrões aceitos pela comunidade jurídica, visto que não se pode invocá-lo para ultrajar a jurisdição e pleitear benefícios supérfluos, além do necessário para se ter uma existência digna.

2 A DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO PENAL

A dignidade não é uma atribuição estatal, ela surge com o nascimento do indivíduo, as entidades públicas ou privadas não podem suprimi-la.

Para Fernando Capez, o ordenamento jurídico penal brasileiro, "depreende-se do princípio da dignidade humana, de modo que toda incriminação contrária ao mesmo, é substancialmente inconstitucional" e os princípios constitucionais se estabelecem, dando "limites à liberdade de seleção típica do legislador, objetivando uma definição material do crime, assim, nascem os demais princípios que norteiam e limitam o Direito Penal" (CAPEZ, 2016, p. 26 e 27).

2.1 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

O Estado como detentor do *jus puniendi* na aplicação das normas, sejam punitivas ou expropriatórias, deve respeitar o patamar mínimo para que as pessoas consigam ter preservada a essência que as tornam humanas.

As penas de privação ou restrição da liberdade estão previstas na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVI, *a*, restando claro o entendimento de que o encarceramento de indivíduos condenados criminalmente não viola a dignidade humana (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

O que não pode existir é a aplicação de penas cruéis, de trabalhos forçados, de banimento, de caráter perpétuo ou de morte (esta salvo nos casos de guerra declarada), o que também é previsto constitucionalmente no artigo 5º, XLVII*, a, b, c, d, e* da Constituição Federal. Então, viola a dignidade humana a submissão a tratamento desumano e degradante, o que é tratado no Princípio da Limitação das Penas ou da Humanidade das Penas.

2.2 O SISTEMA CARCERÁRIO

É notório que o sistema carcerário brasileiro se encontra em colapso. Não há efetividade das normas previstas na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal. É evidente a superlotação carcerária e a maioria dos complexos penitenciários não atendem às disposições legais.

A Constituição Federal traz as seguintes previsões em seu artigo 5º:

> XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
> L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
> (BRASIL, 1988)

Algumas previsões da Lei de Execução Penal, Lei 7210/84, relacionadas diretamente com o Princípio da Dignidade Humana são:

> Art. 11. A assistência será:
> I - material;
> II - à saúde;
> III -jurídica;
> IV - educacional;
> V - social;
> VI - religiosa.
> Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.
> Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências

> com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.
> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
> b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados). (BRASIL, 1984)

O preso tem direito a alimentação, vestuário e instalações higiênicas (assistência material); atendimento médico, odontológico e farmacêutico (assistência à saúde); serviços de assistência jurídica pela Defensoria Pública; instrução escolar e formação profissional (assistência educacional), além da assistência religiosa e social (BRASIL, 1984).

Para Favoretto (2012, p. 43), as disposições legais da Lei de Execução Penal "constituem, na realidade atual, uma grande utopia, em virtude da imensa distância entre as previsões da lei e a situação concreta."

Não é necessário editar novas leis, e sim cumprir as normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 AS REGRAS DE MANDELA

Em 2015, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o documento denominado "Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento e presos (Regras de Mandela)". O referido documento procurou estabelecer princípios, regras e garantias dos presos em busca de eficiência nas organizações penitenciárias. (CNJ, 2016)

Algumas previsões para resguardar a dignidade humana do preso e das pessoas a ele relacionadas são: a proibição da revista vexatória,

especialmente de crianças e a obrigatoriedade de monitoramento do sistema prisional por órgãos independentes. Lembrando que qualquer caso de tortura ou morte de um detento, o Poder Judiciário ou autoridades ou autoridades independentes da administração prisional devem ser avisados (BASTOS; REBOUÇAS, 2018).

2.4 A COCULPABILIDADE

Como já relatado, o Estado não tem garantido os direitos básicos do ser humano para proporcionar uma vida digna. Diante de alguns fatores sociais, principalmente da desigualdade social existente, percebe-se um aumento da criminalidade no Brasil. O Estado não tem protegido os hipossuficientes.

Por isso, muitos estudiosos do Direito entendem que o Estado deve ser responsabilizado indiretamente pelos crimes cometidos, aplicando-se assim a coculpabilidade do direito penal.

Segundo Grégore Moura,

> No Direito Penal, o princípio da coculpabilidade é exatamente essa proteção dada ao hipossuficiente, com a ressalva de que seu objetivo não é igualar o direito de liberdade do acusado ao *jus puniendi* do Estado, o que seria improvável e infactível. A coculpabilidade apenas reconhece a ineficiência do estado na promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto, tenta minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo. (MOURA, 2014, p. 98).

Conforme previsão do artigo 66 do Código Penal,

> A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao

> crime, embora não prevista expressamente em lei (BRASIL, 1940).

Entende-se, assim, que a teoria da coculpabilidade deva ser aplicada quando da segunda fase da dosimetria da pena, considerando uma atenuante genérica a parcela de responsabilidade social do Estado pelas condutas criminosas cometidas pelos agentes devido às desigualdades sociais.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É possível encontrar a aplicação do Princípio da Dignidade Humana em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do recurso extraordinário 592581 o Supremo Tribunal Federal entendeu que:

> É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes. (STF, 2016)

A supremacia da dignidade humana legitima a intervenção judicial, ao impor ao Poder Executivo a obrigação e executar obras emergenciais em estabelecimentos penais a fim de assegurar direitos fundamentais dos presos.

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal resguardou a dignidade humana no julgamento do Habeas Corpus 98621:

> EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. ENCERRAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. VIOLAÇÃO.
> I - O encerramento da instrução criminal não afasta a alegação de excesso de prazo, se a duração da segregação cautelar for abusiva.
> II - Viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à duração razoável do processo o encarceramento do paciente por quase sete anos sem que haja previsão de julgamento da causa.
> III - O princípio da razoabilidade impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a demora no curso processual não for atribuível à defesa.
> IV - Ordem concedida. (STF, 2010)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que a prisão provisória com duração de, aproximadamente, sete anos sem previsão para o julgamento viola o princípio da dignidade humana.

Por fim, no julgamento do Habeas Corpus 98675, o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação da Súmula 691.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE ACOMETIDO DE ENFERMIDADES GRAVES. RECONHECIMENTO, PELO ESTABELECIMENTO PRISIONAL, DE QUE NÃO TEM CONDIÇÕES DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADA. PRISÃO DOMICILIAR. HIPÓTESE NÃO ENQUADRADA NO ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. ARTIGO 1º, INCISO

> III DA CONSTITUIÇAO DO BRASIL [PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA].
> 1. Autos instruídos com documentos comprobatórios do debilitado estado de saúde do paciente, que provavelmente definhará na prisão sem a assistência médica de que necessita, o estabelecimento prisional reconhecendo não ter condições de prestá-la.
> 2. O artigo 117 da Lei de Execução Penal determina, nas hipóteses mencionadas em seus incisos, o recolhimento do apenado, que se encontre no regime aberto, em residência particular. Em que pese a situação do paciente não se enquadrar nas hipóteses legais, a excepcionalidade do caso enseja o afastamento da Súmula 691-STF e impõe seja a prisão domiciliar deferida, pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana [artigo 1º, inciso III da Constituição do Brasil]. Ordem concedida. (STF, 2009)

O Supremo Tribunal Federal deferiu prisão domiciliar para preso acometido de enfermidades graves que se encontrava em estabelecimento prisional que não tinha condições de fornecer assistência médica adequada.

CONSIDEDRAÇÕES FINAIS

Não há um conceito fechado de dignidade, pois o arcabouço jurídico só faz referências ao básico para que as pessoas tenham expectativas de desenvolvimento, cabendo ao Poder Público ser guardião dos interesses sociais que promovam condições efetivamente dignas para que pessoas não sejam tratadas como objetos de especulação pública ou privada.

A dignidade humana é princípio e direito inerente a natureza humana, qualquer pessoa tem direito, independentemente de seus feitos na vida social. Isto significa que ainda que o indivíduo tenha praticado um crime de natureza hedionda e por ele tenha

sido condenado irrecorrivelmente, o Estado deve assegurar-lhe o cumprimento da pena face à dignidade da pessoa humana. O indivíduo não perde sua dignidade porque foi condenado criminalmente.

Por mais utópico que esse pensamento pareça ser, principalmente diante da realidade fática brasileira, é claro e evidente que o ordenamento jurídico não precisa de novas leis. As leis precisam ser efetivamente cumpridas.

Violar a dignidade humana é ferir os ideais propostos pelo direito e pela própria condição humana.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Paula Britto; REBOUÇAS, Gabriela Maia. REGRAS DE MANDELA: um estudo das condições de encarceramento no Brasil segundo a resolução da ONU. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva.** Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 146-162, Jul/Dez 2018.

BRASIL. **Código Penal.** 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 17 Mai 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 24 Abr 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 Abr 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – parte geral. Vol. I. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela:** regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado:** parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Coculpabilidade no Direito Penal.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de direito constitucional descomplicado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

SILVA, Carolina Cavasana de Paula e**. A aplicação da coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro**. Frutal/MG: Prospectiva, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 98675.** 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863995046/habeas-corpus-hc-98675-es>. Acesso: 11 Jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 98621**. 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863995046/habeas-corpus-hc-98621-pi>. Acesso: 11 Jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 592.581**. 2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863995046/recurso-extraordinario-re-592581-rs>. Acesso: 11 Jun 2022.

A LEGALIDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA OBRIGATORIEDADE NO DIRETO PENAL

Amanda Rodrigues Gonçalves [3]
Josimary Rodrigues S Gonçalves [4]

RESUMO: O presente artigo jurídico tem como objetivo fazer um estudo sobre o Princípio da Legalidade ou Reserva Legal. Tal princípio é o mais importante do ordenamento jurídico brasileiro e não é um princípio exclusivamente do Direito Penal. O estudo tem como pano de fundo a importância do seu surgimento no Estado de Direito, e seus reflexos no Direito Penal. A metodologia utilizada foi a teórico-bibliográfica, desenvolvida através de doutrinas e artigos jurídicos publicados em revistas eletrônicas.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Legalidade. Obrigatoriedade.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal elencou em seu artigo 1º, um dos principais princípios do ordenamento jurídico, o Princípio da Legalidade. Tal princípio encontra-se também no artigo 5º inciso XXXIX da Constituição Federal.

O Princípio da Legalidade tem o escopo garantir a aplicabilidade da lei no caso concreto, com a função primordial de resguardar os direitos e garantias de cada indivíduo no tocante do ilícito penal.

Deste modo, é possível visualizar-se nos princípios tríplice função, a saber: informadora para o legislador; normativa para os

3 Graduanda em Direito pela Faculdade de Minas Gerais - FAMIG. E-mail: amanda.arg11@gmail.com.

4 Advogada. Graduada em Direito pela Fundação Pedro Leopoldo. Especialista em Direito do Trabalho e Pós graduanda em Direito Público pela PUC/MG. E-mail: josi.rsg@gmail.com.

casos de lacunas; e interpretadora, como critério de orientação para o intérprete e para a magistratura. Cada ramo do Direito possui uma série de princípios que lhe são inerentes.

Os princípios gerais de cada ramo do direito são fundamentais para o adequado estudo daquele ramo, uma vez que tais princípios estão presentes na elaboração, interpretação, aplicação e integração do direito.

Os princípios adotam medidas de proteção aos direitos inerentes do cidadão e mantem a intervenção mínima do estado na vida privada.

Tendo em vista a importância dos princípios que norteiam a constituição brasileira, o presente trabalho apresenta, o princípio da legalidade no Direito Penal e sua função no ordenamento jurídico.

1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade, tem sua origem histórica na Magna Carta Inglesa, de 1215, a qual foi imposto pelos nobres ingleses ao Rei João Sem Terra. Esse documento trazia em seu dispositivo legal, a proteção da propriedade diante do poder do soberano, a qual dizia, que "Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra", surge então, a limitação do soberano, e a submissão do cumprimento da legalidade (GRECO, 2011).

Segundo Nucci (2017), a finalidade era reprimir a vontade do Soberano de condenar alguém, pelo simples prazer de ter para si suas propriedades, seus bens.

Para alguns autores, como Greco (2011), o Princípio da Legalidade foi idealizado pelos filósofos da Revolução Francesa, proclamado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 em seus artigos 7º, 8º e 9º.

> Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam,

> expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.
> Art. 8º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada 57 antes do delito e legalmente aplicada.
> Art. 9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (GRECO, 2011, p. 17).

Para Bitencourt (2017), a ideia de igualdade e liberdade, trazida nas Declarações citadas acima, permitiu ao Estado ter um caráter menos cruel, impondo limites a intervenção Estatal, em relação ao cidadão como pessoa de liberdades e direitos.

2 PRINCIPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 NA CONSTITUIÇÃO

O Princípio da Legalidade surge na Constituição brasileira em 1824 conhecida como a Constituição Imperial, a qual declarava em seu art. 1º: “não haverá crime, ou delitos em uma lei anterior, que o qualifique”, logo, repetia a mesma ideia no Código Penal da República 1890, sendo, mais tarde consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu art.5°, inciso XXXIX, com outra redação “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal“ (GRECO, 2011).

Nucci (2014, p. 74) assevera a importância do Princípio da Legalidade, em dizer que “a força de tal princípio permitiu o art. 5º, inciso XXXIX, ser uma clausula pétrea no ordenamento jurídico, e

essas cláusulas não podem ser alteradas, nem por força de emenda constitucional".

Como se vê, o texto constitucional do artigo 5º, inciso II trouxe o conceito obrigatório e constitucional da legalidade, em cujos os termos "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL,1988).

Desta forma, qualquer lei, penal ou não, tem que estar em condescendência com a Constituição, caso contrário, não possui validade.

Para elucidar, o art. art.5º, III, da Constituição Federal, proíbe tortura, como também, 5º, XLVII proíbe pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), por consequência, o direito penal, não pode criar normas que permitam esses atos.

Os limites do poder punitivo do Estado, é exatamente a obrigação que este tem de agir somente o que a lei permitir, isto é, o Estado não pode ultrapassar o que a lei proibir, como as garantias fundamentais imposta na Constituição Federal.

Quando há violação dessas garantias, o Estado torna-se "réu", ou seja, ocorre uma ruptura de todos os princípios inerentes do ordenamento jurídico, como o princípio da legalidade, da proporcionalidade, da culpabilidade, do princípio da dignidade da pessoa humana e outros, enfim todos os princípios que norteiam a constituição de um Estado Democrático de Direito, consequentemente, o Estado passa de tutor para violador de direitos.

Nesse sentido Rogério Greco cita as lições de André Copetti, quando assevera:

> É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais,

econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade' (GRECO, 2011, p. 30).

Compreende-se que, se a constituição de um lado tem como função orientar o legislador nas elaborações das leis conforme preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais, por outro, segundo a concepção garantista, proíbe, que o mesmo legislador viole atributos fundamentais inerentes ao indivíduo consagrado na constituição. (GRECO, 2011).

Vale salientar que o princípio da legalidade também é chamado de princípio da reserva legal.

Segundo Cleber Masson (2020), "o texto constitucional consagrou, corretamente, as expressões reserva legal e estrita legalidade, o termo apenas *legalidade*, embora muito utilizado, não está correto", pois, nele se enquadram quaisquer espécies normativas do artigo 59 da Constituição Federal, o que significa dizer, que as normas incriminadoras poderia ser redigidas por lei complementar, medida provisória, decretos, por ter uma expressão de caráter geral, enquanto, a expressão *reserva legal,* limita-se a criação legislativa em matéria penal, as leis ordinárias.

O art. 5º, inciso II, da Constituição Federal ("ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), esta é a expressão clara do princípio da legalidade, enquanto, o inciso XXXIX, "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", repousa o princípio da reserva legal, atribuindo a estrita legalidade, na criação de crime, e cominação das penas". (MASSON, 2020).

A Constituição Federal, sabiamente, trouxe nos dispositivos citados acima, a compreensão que no Brasil, crimes e contravenções penais, são instaurados por lei ordinária.

Ainda o autor, explica que o "princípio da reserva legal possui dois fundamentos, um de natureza jurídica e outra de cunho política". (MASSON, 2020).

O primeiro é a natureza jurídica, encontra-se na taxatividade da elaboração de uma lei, em que a lei tem a obrigatoriedade de ser precisa e determinada.

O segundo fundamento é de natureza política, baseia-se na proteção do ser humano em face do poder do Estado em punir, sendo dado aquele a proteção dos seus direitos fundamentais constitucionais.

O Princípio da Legalidade ou Reserva Legal possui valores fundamentais a manutenção do ordenamento jurídico, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Princípio é, por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espirito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a logica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e o sentido harmônico. E o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2002 *apud* MASSON, 2020, p. 23)

Todos os princípios, no ordenamento jurídico, têm a função de orientar o legislador ordinário para adoção de um sistema de controle, em termos de sanções criminais, esse controle é voltado para os direitos humanos, embasado no Direito Penal da culpabilidade, um direito penal mínimo e garantista. (BITENCOURT, 2017).

2.2 NO DIREITO PENAL

Conceito

É importante destacar primeiramente o conceito de Direito Penal para o melhor entendimento sobre a importante que rege O Princípio da Legalidade neste ramo do direito.

Nas lições de Cezar Roberto Bitencourt, o direito penal possui dois lados, de um lado as normas com tipo penal e suas sanções correspondentes, de outro os princípios orientadores, para aplicação da lei no caso concreto:

> O Direito Penal apresenta-se, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais (BITENCOURT, 2017, p. 32-33).

Esse conjunto de normas tem como função possibilitar a convivência dos indivíduos na comunidade que se insere.

Compartilhando do mesmo entendimento, Cleber Masson (2020, p. 3) ensina que "Direito Penal é o conjunto de princípios e regras destinada a combater o crime e a contravenção penal, mediante imposição de sanção penal".

Como todo ramo do direito, o Direito Penal possui característica preponderantes, como ser uma ciência normativa, pois, tem como objeto o estudo da lei penal, também possui um caráter valorativo e finalista, a qual estabelece a hierarquia das próprias normas com valores consolidados na constituição, ao mesmo tempo, finalista por preocupar com os bens jurídicos fundamentais.

Tem um caráter sancionador, pois disciplina outros ramos do direito, acrescentando a estes uma proteção penal, a exemplo, o direito administrativo quando há uma violação do bem público, o direito penal atua como tutor destes bens, mas o que o difere o direito penal dos demais ramos, está no seu caráter fragmentário.

Fragmentário, em um conceito didático, significa que o direito é uno, mas de forma didática ele se divide em blocos ou ramos, e o Direito Penal cuida de uma parte desse fragmento, ou seja,

o caráter fragmentário do Direito Penal legitima a sua atuação apenas naquelas hipóteses em que outros ramos do Direito estiver ausente ou falhar ou até mesmo revelar-se insuficiente, e a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, haverá o manto da proteção penal.

Segundo Roberto Bitencourt (2017, p. 92) "Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence".

2.2.1 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Segundo ponto a destacar, mas não menos importante, são as funções do direito penal.

O direito penal, não é apenas um instrumento de convivência dos indivíduos em sociedade, atualmente, ele possui diversas funções:

a) O Direito Penal como proteção dos bens jurídicos

Como já mencionado, o direito penal tem legitimidade da proteção dos bens jurídicos fundamentais considerados mais relevantes para o legislador, de forma a coibir e reprimir atos antijurídicos.

Nas lições que Cleber Masson faz sobre tema, em conformidade com Supremo Tribunal Superior, assevera que

> O respeito dos bens protegidos pela norma penal, é, primeiramente, interesse de toda a coletividade, sendo a manifesta legitimidade do Poder do Estado para imposição da resposta penal, cuja a efetividade atende uma necessidade social. (MASSON, 2020, p. 10)

b) O Direito Penal como controle social

O direito penal como instrumento de controle social significa dizer, que tem como função a paz pública, ou seja, manter a ordem na sociedade.

c) O Direito Penal como garantia

A função do direito penal como garantia, permit que os direitos fundamentais constitucionais sejam preservados, uma vez, que só haverá a ação de punir do Estado, se os atos praticados do indivíduo, estiverem tipificados como ato ilícito.

d) O Direito Penal como função ética e social

A função ética-social, baseia-se em políticas públicas educativas.

Segundo Cleber Masson (2020, p. 11), há uma problemática sobre tema, uma vez, que discute sobre a legitimidade para atuar em tarefas educativas, pois, o direito penal possui um certo grau de extremismo quanto a sua intervenção nos atos de punir, prevalecendo o entendimento de que "o Estado deve educar seus cidadãos, mas não com emprego do Direito Penal, pois a maturidade moral se alcança com a intervenção social, e não com estruturas autoritárias de coação".

O mais importante dessa função, é que a atuação das leis de matéria penal de cunho ético-social, vincula a sociedade a comportamentos de conscientização sobre determinados assuntos, a exemplo, leis de fiscalização ambiental e isso é incontestável.

e) Função motivadora

A função motivadora consiste na imposição da própria norma, quando comina sanções ao fato ilícito praticado, uma vez, que a motivação está no não fazer, não praticar determinadas ações que são reprováveis na sociedade.

f) Função da redução da violência do Estado e função de impulsão do Direito Penal

A função da redução da violência do Estado, busca a reduzir os atos estatais, perante o cidadão, de forma a imputar somente as condutas mais relevantes, enquanto a função de impulsão, destina-se a promover a ordem social. Nas palavras de Cleber Masson "Não deve o Direito Penal constituir-se em empecilho ao progresso, e sim uma ferramenta que auxilie a dinamizar a ordem social e promover as mudanças estruturais necessárias para a evolução da comunidade" (MASSON, 2020, p. 12).

A par destes detalhes conceituais, o direito penal, busca ser um mecanismo preventivo de condutas antijurídicas, antes de condenar.

Nas palavras de Toledo, o Direto Penal tem como finalidade a prevenção, antes de punir, e assevera:

> A característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou com o punir, quer evitar o crime, importa não esquecer que o direito não pretende somente julgar a conduta humana; pretende também determiná-la em harmonia com os seus preceitos e impedir toda a conduta contrária a eles . Com efeito, por meio da elaboração dos tipos delitivos — modelos de comportamento humano — revela o legislador penal, de modo nítido e visível, aos que estejam submetidos às leis do País aquilo que lhes é vigorosamente vedado fazer ou deixar de fazer (exemplo: homicídio — CP, art. 121; omissão de socorro — CP, art. 135). Por outro lado, por meio da cominação de penas, para o comportamento tipificado como ilícito penal, visa o legislador atingir o sentimento de temor (intimidação) ou o sentimento ético das pessoas, a fim de que seja evitada a conduta proibida (prevenção geral). Falhando essa ameaça, ou esse apelo, transforma-se a pena abstratamente

> cominada, com a sentença criminal, em realidade concreta, e passa, na fase de execução, a atuar sobre a pessoa do condenado, ensejando sua possível emenda ou efetiva neutralização (prevenção especial). (TOLEDO, 1994, p. 2).

Por sua vez, Bitencourt compartilha da mesma ideia que:

> Uma das principais caraterísticas do moderno Direito Penal é a finalidade preventiva, isto é, antes de punir o infrator, procura motiva-lo para não se afastar da ordem jurídica estabelecendo normas proibitivas e sanções respectivas, também a exemplo dos demais ramos do Direito, o Direito Penal tem a função motivadora da norma penal, que consiste na avaliação da vida comum do indivíduo, como escalas de valores, esta estabelece ordens e proibições a serem cumpridas. Quando há uma falha destas finalidades a norma em abstrata transforma a sanção em devido processo legal(...). (BITENCOURT, 2017, p. 36)

Assim, compreende-se que, o direito penal possui características e finalidades preventivas, preserva a convivência de indivíduos com a sociedade e vice-versa, como também possui normas incriminadoras (delitos e contravenções) e princípios específicos no direito penal, a exemplo, princípio da legalidade, de forma a orientar e restringir o legislador na elaboração e aplicação das leis.

Embora, o princípio em estudo norteia todo o ordenamento jurídico sendo um instrumento de manutenção deste, o princípio da legalidade possui funções distintas a cada ramo do direito.

Portanto, a tarefa específica do princípio da legalidade no direito penal, no que tange os crimes e contravenções penais, é garantir que não haja violação das liberdades individuais, sendo essa uma garantia constitucional, uma vez, que o Princípio da Legalidade é a base de um

Estado Democrático de Direito, o que implica a submissão de todo o seu poder a lei.

2.2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No campo penal, a criação de normas incriminadoras, preceitua-se, exclusivamente, na Lei, sendo, o princípio da legalidade que proibi a arbitrariedade do Estado em sua função de legislar.

Como já mencionado, o Princípio da Legalidade ou reserva legal no Direito Penal encontra-se no artigo 1º "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". (BRASIL, 1988).

A premissa é de que uma conduta não poderá ser considerada criminosa se não houver uma lei anterior à sua prática assim definindo-a e estipulando uma pena em razão do cometimento do crime, ou seja, para que o Estado defina crimes e comine penas, deve editar uma lei, constitui uma real limitação do poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais (TOLEDO, 1994).

Nos apontamentos que Rogério Greco faz sobre o tema afirma que a o princípio da legalidade ou reserva legal vai além da exigência de lei anterior, a nova lei imposta tem que ser em sua definição certa e precisa, e evidencia:

> O princípio da legalidade é, sem dúvida, o mais importante princípio do Direito Penal, isto porque, segundo o autor o Estado de Direito e o princípio da legalidade são dois conceitos intimamente ligados, pois o objetivo de criar um Estado de Direito e retirar a arbitrariedade do soberano e ao mesmo tempo a obediência de todos perante a Lei. (GRECO, 2011, p. 93).

Nesse contexto Luiz Luisi ressalva que “as leis penais especialmente as de natureza incriminadoras, sejam claras, certas e precisa”. (LUISI, 2003, p. 24-25).

Levando esses apontamentos Luisi afirma que “a exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do proposito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com certeza necessária a esfera do ilícito penal”. (LUISI, 2003, p. 25).

O Princípio da Legalidade, limita o poder punitivo do Estado, mediante os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Cezar Roberto Bitencourt compartilha do entendimento que:

> O Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos diretos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de ultimo ratio que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicabilidade em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo. (BITENCOURT, 2017, p. 40)

Francisco Assis de Toledo ao falar sobre o tema evidencia:

> Que há direitos inerentes á pessoa humana que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado. Sendo assim, e como não se pode negar ao Estado o poder de estabelecer limitações ou proibições, o que não estiver proibido está permitido “permittitur quod non prohibetur. Daí a necessidade de editarem proibições casuísticas, na esfera penal, o que segundo o princípio. em exame, compete exclusivamente à lei (TOLEDO, 1994, p 22).

É possível notar no artigo 1º do Código Penal, que o crime e a pena, devem estar definidos em lei previa, em lei anterior ao fato do

crime cometido, para que haja a punição, o que permite entender, que o Estado somente poderá punir se a conduta do agente estiver expressamente prevista em lei, sob pena do princípio da legalidade ou reserva legal, externado pelo brocardo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*: não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa.

Os princípios e regras são preceitos de legitimidade das leis penais e determinam o campo da sua aplicação, o que implica ao princípio da legalidade funções fundamentais.

2.2.3 FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade tem a concepção de garantir a função da lei penal o que provoca o desdobramento de quatro funções fundamentais (TOLLEDO, 1994).

a) Proibição da retroatividade da lei penal: "*Lex Praevia* "

O inciso LX da CF determina que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o agente". A regra, portanto, é a irretroatividade. A retroatividade é exceção só admitida para beneficiar o agente. Daí ninguém poder ser punido por cometer um fato que, à época, era tido como um indiferente penal. (TOLEDO, 1994).

A análise deste princípio será objeto de estudo mais adiante.

b)Proibição do direito consuetudinário "*Lex scripta":*

No Direito Penal, os costumes nunca poderão ser empregados para criar delitos e cominar penas. Como visto, as criações de normas incriminadoras têm como fonte única e exclusiva, a Lei.

Nas lições de Cleber Masson, os costumes tem como função orientar o interprete da lei, em circunstância de determinados comportamentos aceitos ou não na sociedade, como exemplo,

de condições regionais e culturais, o autor cita a utilização de determinadas vestes, como biquini de pequenas proporções, permitido em determinados países, mas considerado crime em outras culturas conservadoras (MASSON, 2020).

Outros costumes que são empregados na sociedade, são aqueles contrario a lei, como exemplo, o jogo do bicho, o autor acima citado, esclarece que" o jogo do bicho é considerado contravenção penal, art. 58 ", portanto é um ato punível e reiterado na sociedade. (MASSON, 2020).

O costume religioso, também permite a orientação na aplicabilidade de determinados atos, como exemplo, a pratica de rituais com animais. O Supremo Tribunal Federal decidiu em RE 494601 "É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício de animais em rituais e cultos religiosos de matriz africana" (STF, 2019).

No julgamento do Recurso extraordinário, a discussão estava em tornos dos princípios e normas que rege os artigos 5º VI, e o art. 225, § 1º, VII da Constituição Federal.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> VI - E inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

No aparente conflito entre as normas supracitadas e os princípios costumeiros, prevaleceu os princípios das crenças religiosas, no caso, o da liberdade de crença e do culto.

Sobre os costumes em uma sociedade, Toledo assevera que:

> Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato (TOLEDO, 1994, p. 25).

c) Proibição de utilizar a analogia: **"*Lex Stricta* "**

Outro corolário do princípio da legalidade é a proibição da analogia para agravar ou fundamentar a pena. A analogia não é permitida no direito Penal, mas como toda regra há exceções, existe a analogia *in bonam partem* a que beneficia o réu esta é permitida em Direito Penal, por outro lado, o Direito Penal não permite analogia *in malam partem,* está para prejudicar o réu, a fundamentação ou agravamento da punibilidade pela analogia é proibida. (TOLLEDO,1994).

Bittencourt (2017, p. 40-41), assevera que "o aspecto dinâmico da vida em sociedade viabiliza a utilização de analogia *in bonam partem,* desde que, obviamente, o referido método de integração não implique na criação por equiparação de tipos ou sanções criminais".

Como exemplo de utilização de analogia *pro reo*, Nucci (2014, p. 14 -15) traz a possibilidade do aborto da mulher vítima de violação sexual mediante fraude - art. 215, CP. Para o autor, "apesar da lei somente autorizar a interrupção da gravidez quando a mesma é originária de estupro (art. 128, II, CP), é possível estender tal possibilidade para os casos de violação sexual mediante fraude através do uso da analogia *in bonam parte"*.

d) Proibição de incriminações vagas e indeterminadas (taxatividade):" *Lege Certa*":

O preceito primário do tipo penal incriminador deve ter uma descrição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. Isso quer dizer, também, que o judiciário está sempre obrigado a interpretar a norma legal de maneira restritiva. (GRECO, 2011).

Cezar Roberto Bitencourt, no tocante à conceituação, ensina:

> Em termos de sanções criminais são inadmissíveis, pelo princípio da legalidade, expressões vagas, inequívocas ou ambíguas. Nesse sentido profetiza Claus Roxin, afirmando que: "uma lei indeterminada ou imprecisa, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniend estatal, ao qual se possa recorrer" (BITENCOURT, 2017, p 42).

É possível notar, claramente, que o princípio da legalidade em seu desembrulhamento, surge o princípio da taxatividade que, veda a criação de tipos penais obscuros ou vagos de forma a não deixar margem de dúvidas, de modo que a sociedade tenha a devida compreensão das condutas criminalizadas e ao mesmo tempo restringir a discricionaridade do poder de quem o cria, ou seja, o legislador ou daqueles que o interpretam para a sua aplicação.

Cezar Roberto Bitencourt, esclarece que

> Tanto os princípios da taxatividade como o princípio da legalidade têm a função de orientar e limitar o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só legitima se construir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico (BITENCOURT, 2017, p. 43).

Desta forma, quando uma lei em sua elaboração não cumprir os requisitos necessário que impõe, os princípios da legalidade e da taxatividade, ocorrera a inexistência de base legal, ou sua aplicabilidade incorreta no caso concreto ou anulabilidade da norma.

3 LEGALIDADE FORMAL E LEGALIDADE MATERIAL

Os critérios da legalidade formal e material são indispensáveis no direito Penal.

A legalidade formal, está na obrigatoriedade de cumprir as formas exigida na criação dos diplomas legais, ou seja, as normas devem seguir os procedimentos exigidos na Constituição, como exemplo, a tramitação do projeto de lei, nas casas legislativas que exigem um *quórum* para sua aprovação.

Para Cezar Roberto Bitencourt, a legalidade formal, é o instrumento que permite que o direito penal seja aplicado, e assevera

> O Direito processual, ou formal, tem a finalidade de determinar a forma como deve ser aplicado o Direito Penal, constituindo-se em verdadeiro instrumento de aplicação do Direito Penal substantivo, este também conhecido como Direito penal Material, é o direito propriamente dito, constituído pelas normas que definem os princípios jurídicos que regulam os seus institutos, definem as condutas criminosas e

> cominam as sanções correspondentes do Código Penal (BITENCOURT, 2017, p. 36).

Cleber Masson, (2020) atribui a legalidade formal, como fonte formal imediata, segundo o autor é a Lei concretizada, aprovada pelo Legislativo em conformidade com a Constituição.

E como conceito de legalidade material ou fonte material, Masson (2020, p. 17) atribuiu "aos órgãos constitucionalmente encarregados de elaboração do Direito Penal, sendo tarefa precipuamente da União nos moldes do art. 22º, I, da Constituição Federal".

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> I – (...) penal, processual, (...). (BRASIL, 1988).

O direito processual penal, é instrumento de manifestação do direito penal, é pelo processo penal, que as leis se concretizam. Nas lições de Masson (2020, p. 7) "o direito penal precisa do direito processual, porque este último permite verificar, caso a caso, os fatos puníveis, como a culpabilidade, tipicidade, antijuridicidade, conduta".

Tais conceitos, traduz a manifestação da Constituição Federal, em uma visão democrática protetiva do ser humano, quando a legislação penal segue as exigências que aquela impõe.

Segundo Greco, quando um Estado Democrático de Direito adota um modelo penal garantista, este governo tem a obrigação de seguir os procedimentos impostos pelo ordenamento e ensina:

> Um Estado Constitucional de Direito, no qual se pretenda adotar um modelo penal garantista, além da legalidade formal deve haver, também aquela de cunho material. Devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para

> a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos. Aqui, adota-se não mera legalidade, mas, sim. como preleciona Ferrajoli. um princípio de estrita legalidade" (GRECO, 2011, p. 97).

3.1 QUANTO A VIGÊNCIA, VALIDADE E TERMO INICIAL DA LEI

Tanto a vigência como a validade da lei, são requisitos a seres observados.

Esclarece Rogério Greco (2017, p. 18) que "o conceito de vigência da lei penal está para a legalidade formal assim como o conceito de validade está para a legalidade material. A lei penal formalmente editada pelo Estado pode, decorrido o período de *vocativo legis,* ser considerada em vigor".

Mas não é suficiente para ser válida, para que a norma possa ter aplicabilidade na sociedade deverá conter em seu texto legal conformidades com a constituição.

Outro requisito a ser observado, é o termo inicial de aplicação da lei penal.

Como regra geral o termo inicial da aplicabilidade da norma é do inicio de sua *vigência,* entretanto, se a nova lei penal vir a beneficiar o réu, existe a possibilidade de sua aplicação em fatos pretéritos, segundo determinação do artigo 2° parágrafo único do Código Penal que versa:

> Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL,1988)

O artigo em comento abrange a retroatividade da lei mais benéfica em favorecimento do agente infrator, sendo uma garantia constitucional. No mesmo entendimento o Supremo Tribunal Federal em sua Súmula 611 pacificou a aplicação da lei mais benéfica até mesmo nas" sentenças condenatórias transitadas em julgado" (STF, 1984).

A análise do princípio da irretroatividade da lei será objeto de estudo mais adiante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que a Constituição Cidadã de1988, teve como objetivo a instituição de um Estado Democrático, destinado a os direitos individuais e coletivos, como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista sem preconceitos.

Como base estrutural da maquina estatal, temos os princípios norteadores do direito, são eles que permite a intervenção mínima do Estado para que não haja atos arbitrários.

A limitação do poder do Estado em relação ao indivíduo, permite que a Lei seja seja cumprida, nos moldes da Constituição.

O que permite dizer, que, o indivíduo quando lesa os bens jurídicos mais importantes de outro membro da sociedade, o Estado assume a sua função de punir, quando outros meios de controle social, tornam-se ineficaz.

Não obstante, o Direito Penal, também tem como função o controle social, no que tange a paz pública, compreendida como a ordem de exigir determinados comportamentos na sociedade.

Quando esses bens jurídicos tutelados pelo Estado são violados, o poder punitivo do Estado materializa, assim, surge o Direito Penal e com a observância do princípio da legalidade é que são modelados todos os atos de um Estado Democrático de Direito, o controle, as infrações e respectivas sanções, tudo tem que ser definido e delimitado por lei.

Não se pretendeu aqui exaurir assunto tão amplo e com tantas aplicabilidades, uma vez, que tal princípio encontra-se como base de todo ordenamento jurídico, mas sim permitir visualizar a sua função no Direito Penal que o tema envolve.

É indubitável a exigência de respeito à lei e a possibilidade de recurso ao Judiciário para assegurar a sua finalidade, a qual, constituem a maior garantia de observância dos direitos dos cidadãos e são essenciais para a segurança jurídica e demais valores consagrados na Constituição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05. jun. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13 ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2 ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 2003.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. 11 ed. São Paulo: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Sumula nº 611**. 1984. Disponível: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp? Acesso em: 05. Ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 494.601/RS**. 2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246. Acesso em: 06. Ago. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.**15 ed. São Paulo: Saraiva,1994.

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Carlos Diego dos Santos Pereira[5]

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo entender a irretroatividade da lei penal e desmitificar a sensação de impunidade que o princípio pode gerar, além de abarcar com melhor clareza as expressões trazidas nos dispositivos que regem a irretroatividade e retroatividade da norma penal, bem como suas consequências que decorrem quando se está diante de uma nova lei, suas implicações (maligna e benigna), da revogação (*abolitio criminis*) seus benefícios e efeitos. Será apontado ainda quando e a forma que poderão ser utilizadas as benesses do princípio estudado e suas implicações, demostrando a cada capítulo a forma teórica e prática ao se deparar com irretroatividade e ou retroatividade da lei. Para tanto, será demostrado através da legislação, jurisprudência e entendimentos (súmulas) dos tribunais superiores, a saber: STF e STJ, além dos conceitos doutrinários e as várias correntes sobre o tema.

Palavras-chaves: Princípio. irretroatividade. Normatização. Jurisprudência. Nova Lei. Abolição.

INTRODUÇÃO

O princípio tratado neste artigo científico (Irretroatividade da Lei Penal) é um dos cabeçalhos basilares do Direito Penal, A irretroatividade da Lei Penal visa a priori colocar freio ao *jus puniendi* e garantir a segurança jurídica em nosso ordenamento, uma vez que se baseia em vedar a regressão da norma para punir fatos já ocorridos, que ao tempo não era tipificado, ou para prejudicar o réu, nos casos de nova norma prejudicadora.

---

5 Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FUMEC. E-mail: carlosdiegoadvogado@gmil.com

Nesse sentido, dar-se-á o conceito de que a lei penal é irretroativa, alcançando somente os fatos cometidos após o início de sua vigência. Imaginemos que um indivíduo tenha conduta que ao tempo praticado não era tipificada como crime ou infração penal e passados alguns anos, pois o Direito deve se moldar ao tempo e as condutas da sociedade, aquela atitude passa ser considerada como típica, e esse sujeito é incriminado e condenado por esse comportamento cometido no passado, sem dúvida alguma isso suscitaria em uma enorme insegurança jurídica e instabilidade a convivência social. Basicamente essa é a estabilidade que o princípio tratado traz.

No entanto, importante ressaltar que caso entre em vigor uma nova lei que acarrete algum benefício ao réu, essa norma poderá retroagir, uma vez que as sanções não tem o condão de castigar e sim de prevenir a reiteração de condutas criminosas, bem como proteger a sociedade das transgressões que eventualmente lesionam bens jurídicos essenciais à manutenção da vida em harmonia.

Assim, o princípio da irretroatividade veda que uma lei nova volte ao tempo para penalizar condutas que não eram consideradas como incriminadoras, podemos dizer que a irretroatividade é o preceito que se alinha a legalidade penal.

No primeiro capitulo será abordada brevemente a história do Princípio da Irretroatividade, e qual sua finalidade. No segundo, falar-se-á da normatização, sua vigência na Constituição e lei ordinária. Já no terceiro será abordada a exceção do princípio, ou seja, a retroatividade da lei, e suas implicações, além de abarcar a possibilidades de retroatividade na jurisprudência. No quarto capitulo será abordado a aplicação da irretroatividade e retroatividade da lei penal nas criações de normas que favoreçam ou prejudique o réu. E no quarto, finalmente, abordar-se-á as consequências quando da abolição de uma lei e sua relação com o princípio estudado.

1 HISTORICIDADE

Para análise e maior compreensão dos princípios que norteiam a lei penal, necessário entender o que são e para que servem. Nesta esteira, temos que ter em mente que os princípios podem ser explícitos, aqueles que estão expressos nas leis, como o caso da irretroatividade da lei penal, que está legalizado pelo artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, ou implícitos, são os que derivam dos expressamente previstos em lei e que dependem de interpretações destas.

Existem algumas diferenças entre a lei e os princípios, que devem ser observadas para aplicação do caso concreto.

Para Sanches Cunha,

> Duas são as diferenças básicas a serem observadas, a primeira diz respeito à solução de conflitos entre ambos, se houver encontro de leis, prevalecerá somente uma, diferentemente no caso de princípios, havendo embate entre eles, invoca-se a proporcionalidade ou ponderação de valores, aplica-se ambos em conjunto, no grau de sua compatibilidade, não existe revogação de princípios. A outra assimetria é quanto a concretude, a lei é elaborada para reger abstratamente um determinado fato, já os princípios aplicam-se a indefinidas hipóteses (CUNHA, 2019, p. 75/76).

O Direito Penal tem como fim regular o convívio em sociedade, buscando coibir práticas reprovativas e conceituadas como delituosas. Com este conceito são criadas as leis penais, que visam aplicar sanções aqueles que praticam atos reprovados no âmbito social, absorvendo-se os princípios, que têm com uma de suas finalidades colocar freio ao *ius puniendi*.

Nas palavras de Masson (2017, p. 23), “os princípios tem a função de orientar o legislador ordinário, e também ao aplicador do

Direito Penal, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantia aos cidadãos."

Dessa forma, ao se criar as leis e aplicá-las, deve-se observar os princípios orientadores do Direito Penal.

Passadas essas exposições, abordar-se-á a origem da ideia da irretroatividade da lei.

O crime nasceu com homem e com isso surgiu a necessidade de regulamentar e reprimir os delitos, um dos mais antigos livros, a Bíblia, já relata condutas criminosas ao descrever o assassinato de Abel por seu irmão Caim que teve como sanção a pena de banimento que foi aplicada por Deus. (BAIA; ROCHA; RODRIGUES, 2021)

A origem do Princípio da Irretroatividade da Lei Penal vem do movimento iluminista e busca a preservação da segurança jurídica, já para a segurança social, o tempo da conduta deve reger o ato, em outras palavras, o sujeito deve ter consciência das sanções que podem serem impostas a ele naquele momento. (Cavalcante, Anna, há 10 meses)

A norma penal é considerada uma lei *ultima ratio*, ou seja, somente pode ser invocada quando outros preceitos não forem capazes de reparar o bem lesionado. Essas leis são constantemente modificadas, moldando-se as necessidades e dogmas que urgem a convivência em sociedade, com as alterações dessas normas consequências são advindas com elas.

Masson aduz que:

> A regra geral é a da prevalência da lei que se encontrava em vigor quando da prática do fato, vale dizer, aplica-se a lei vigente quando da prática da conduta (*tempus regit actum*). Dessa forma, resguarda-se a reserva legal, bem como a anterioridade da lei penal, em cumprimento às diretrizes do texto constitucional.
> As exceções se verificam, por outro lado, na hipótese de sucessão de leis penais que disciplinem, total ou parcialmente, a mesma matéria. E, se o fato tiver sido

> praticado durante a vigência da lei anterior, cinco situações podem ocorrer:
> A lei cria uma nova figura penal (*novatio legis* incriminadora)
> A lei posterior se mostra mais rígida em comparação com a lei anterior *(lex gravior*)
> A lei posterior extingue o crime (abolitio criminis)
> A lei posterior é benigna em relação à sanção penal ou à forma de seu cumprimento (*lex mitior);* ou
> A lei posterior contém preceitos mais rígidos e outros mais brandos (MASSON, 2017, p. 135).

Todas essas cinco situações que podem ocorrer com alteração da norma penal, tem ligação direta com o princípio da irretroatividade penal, e falaremos de cada uma dessas.

2 NORMATIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE

O Princípio da Irretroatividade é expresso e encontra amparo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XL, que assim dispõe:

> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
> (BRASIL, 1988)

Necessário compreender qual foi o objetivo do constituinte ao inserir a garantia fundamental do artigo 5º, inciso XL, na Constituição da República de 1988.

Ao investigar, percebe-se que a intenção foi constitucionalizar o dispositivo do Código Penal, que já normatizava a irretroatividade da lei penal, expunha a retroatividade da lei ao abolir algum crime, bem como quando favorecesse de alguma maneira o réu. Tal permissivo encontra-se na redação do artigo 2º, caput e parágrafo único, do CP.

Nessa senda, a assembleia constituinte de 1987/1988 define de vez o princípio da irretroatividade da lei penal, com redação bem simples e direta, qual seja, "**a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu**".

Outro dispositivo que expressa este princípio é o artigo 2º, do Código Penal, como já exposto alhures. No entanto, antes da normatização pela Constituição de 1988, era necessária uma compreensão mais apurada e igualmente uma interpretação aprofundada da intenção do legislador que trouxe a redação da seguinte forma:

> Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.
> Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (BRASIL, 1940)

Tal norma impõe que se alguma conduta caracterizada como crime deixar de ser reprovável penalmente, as decorrências dessa condenação cessarão. Isto significa que a pena perderá seus efeitos deixando de existir as consequências da condenação.

Da mesma forma, se uma nova lei for mais benéfica ao infrator, também alcançará aquela condenação, já imposta, é o que dessume o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal.

A título de conhecimento, ressalta-se que para alguns doutrinadores, posição minoritária, a irretroatividade da lei penal em interpretação extensiva à Constituição Federal, artigo 5º, inciso XL, deve também ser aplicada à norma processual.

Nesse sentido, Távora e Alencar aduzem que:

> (...) Por essa razão, o sistema não deve ser visto de forma estanque, e as norma penais e processuais

> penais devem ser colocadas no mesmo patamar. Nessa linha, o dogma da aplicação imediata da lei processual (benéfica ou maléfica), consagrado no artigo 2º, CPP, estaria ultrapassado, de forma que a norma processual mais gravosa só seria aplicada aos delitos consumados após sua entrada em vigor (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 47).

À priori, a aplicação desde princípio não é imposta a norma processual, apesar de como mencionado ter quem à defenda, entretanto, quanto à meteria penal, é taxativamente imposto.

Como trazido à baila, a irretroatividade da lei penal, traz uma segurança jurídica a sociedade e aos operadores do direito, uma vez que que além de ser positivado em lei ordinária, Código Penal, é também garantido pela Carta Magna em seu artigo 5ª, cláusula pétrea.

Desse modo, se ocorrer evento reprovável socialmente na data de hoje, mas tal conduta não seja tipificado como crime, obviamente, não poderá o autor ser penalizado. No entanto, se esse comportamento venha a ser caracterizado posteriormente como delituoso, não pode essa norma voltar ao tempo para penalizar o infrator.

Da mesma forma, se uma nova lei abolir um crime *abolitio criminis* (falaremos adiante), esta alcançará os fatos pretéritos. De igual modo, se uma norma majorar a pena de um crime, esta não poderá ser aplicada aos fatos cometidos antes de sua entrada em vigor, isso em regra é o que rege o princípio da irretroatividade da lei penal.

A título de exemplo da aplicação do princípio em comento, podemos citar a alteração do artigo 213 do Código Penal, que antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/09 que alterou sua redação tinha que:

> Art. 213: **Constranger mulher** à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
> (BRASIL, 1940, grifo nosso)

Note que o artigo 213 do Código Penal, dizia que "**constranger mulher** à conjunção carnal", ou seja, a conduta somente era tipificada como crime se cometida por um homem, se a conduta fosse praticada por uma mulher, tal fato não se caracterizava como crime. Conquanto, com o advento da Lei nº 12.015/09, agora ambos poderão ser autores do fato, vejamos a redação do artigo:

> Art. 213. **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso
> Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
> (BRASIL, 1940, grifo nosso)

Nesse sentido, se uma mulher cometeu tal conduta antes da entrada em vigor da nova redação do artigo 213 do Código Penal, o princípio da irretroatividade *in pejus* veda a possibilidade da penalização dessa conduta.

No mesmo sentido, podemos citar a implementação do artigo 215-A do Código Penal, incluído pela Lei nº 13.718/18, que passou a dispor:

> Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. (BRASIL, 1940)

Por conseguinte, não podem os fatos ocorridos antes da entrada em vigor da lei 13.718/18, serem penalizado pela norma do artigo 215-A do Código Penal, devido a expressa proibição do princípio da irretroatividade *in pejus*, por isso defendemos que o princípio da irretroatividade se nivela com o princípio da legalidade.

Em suma, a lei não poderá voltar ao tempo para prejudicar o réu, quando houver alteração que prejudique, tão pouco poderá o acusado ser penalizado por fato que apesar de reprovável socialmente, ao tempo da conduta não era tipificado. É o que preceitua a irretroatividade *in*

pejus, descrita no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 2ª, do Código Penal.

3 EXCEÇÃO A IRRETROATIVIDADE

Em toda legislação brasileira, a regra tem sempre uma exceção, não seria diferente com a irretroatividade *in pejus,* sendo a sua ressalva a RETROATIVIDADE *IN MELLIUS,* ou seja, quando a lei poderá voltar ao tempo para beneficiar o réu, é o que se depreende da segunda parte do inciso XL do artigo 5ª, da Constituição Federal, que assim define: ***salvo para beneficiar o réu***.

O pretexto para essa ressalva parece ser simples: advém da premissa que a liberdade é um dos valores inerentes à condição humana. Nesse sentido, não há motivos para a privação da liberdade dos cidadãos quando o Estado não deseja mais reprimi-la.

Assim, a lei penal poderá voltar ao tempo para que possa beneficiar o réu, seja para extinguir a punição imposta ou abrandar a pena já aplicada.

Pode-se citar como exemplo da retroatividade *in mellius* a Lei nº 12.015/09 que alterou o Código Penal, trazendo nova nomenclatura aos crimes contra os costumes, passando a telo-os como crimes contra a dignidade sexual.

Essas inovações trazidas pela conhecida “CPI da Pedofilia”, acarretou diversas novidades neste capitulo do Código Penal, criando censuras, cunhando novos delitos, unificando as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, tudo em um único tipo penal.

Abaixo observa-se as alterações mencionadas pela Lei nº 12.015/09, e nitidamente percebe-se que de fato houve um aumento significativo das penas:

Antes da Redação Lei nº 12.015/09	**Após Redação Lei nº 12.015/09**
Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:	Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de três a oito anos.	**Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos**.
Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:	§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão de quatro a dez anos.	**Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos**.
	§ 2º Se da conduta resulta morte:
	Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Nesse contexto, suponha-se que um indivíduo tenha cometido o delito de estupro em meados de 2008, no entanto, sua condenação se deu apenas em 2010, quando já em vigor as alterações da Lei nº 12.015/09.

Nesse exemplo, pode a lei voltar ao tempo, uma vez que a pena aplicável à época do fato (reclusão, de três a oito anos), é mais benéfica de quando se deu sua condenação (reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos), já que para o Direito Penal o "tempo rege o ato"

Quanto a aplicação da retroatividade *in mellius,* o Superior Tribunal de Justiça, já se posicionou, sendo consolidada e unanime a jurisprudência nesse sentido:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) **ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI Nº 12.015/09**. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (2) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.1. A Sexta Turma desta Corte firmou entendimento no sentido de que, com o advento da Lei n.º 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, quando praticadas contra a mesma vítima e em um mesmo contexto fático, crime único de estupro.2**. A norma em comento, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores**. (HC 317.372/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015). (grifos nossos)
CRIMINAL. HC. FALSO TESTEMUNHO. SUPERVENIÊNCIA DE LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ORDEM CONCEDIDA. Hipótese na qual o paciente foi condenado por falso testemunho e, no curso do processo, a Lei 10.268/2001 modificou a redação do § 1º do art. 342 do Estatuto Repressor, trazendo situação mais benéfica**. A lei penal mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, nos termos dos arts. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal. Constatada a possibilidade de o condenado ser favorecido, de qualquer forma, por lei posterior, deve ser reconhecido o seu direito à benesse, ainda mais quando o Diploma Legal mais benéfico foi incorporado ao ordenamento jurídico enquanto em trâmite a ação penal**. (STF, HC 59.777/SP, 2006, grifo nosso)

Logo, a lei poderá retroagir ao tempo, se for para trazer algum benefício ao réu.

3.1 RETROATIVIDADE PENAL NA JURISPRUDÊNCIA

Foi discorrido até aqui sobre a exceção do princípio da irretroatividade, no que tange a lei, mas é sabido por todo operador do direito que no caso concreto a jurisprudência é de grande validade para a pratica forense e serve para orientar o julgador. Nesse ponto, o que nos traz a refletir é: Pode a jurisprudência retroagir para beneficiar o réu?

A resposta embasada no entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que não!

Nesse ínterim, já se posicionou por diversas vezes o STJ:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 621, I, DO CPP. REVISÃO CRIMINAL. JURISPRUDÊNCIA CONTROVERTIDA. DESCABIMENTO DA REVISIONAL. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, CAPUT, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> **Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento remansoso de que "o art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que caberá revisão criminal 'quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei', o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal".** (REsp 706.042/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJ 07/11/2005) 2. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp n. 1.447.604/SC, 2014, grifo nosso)

Pode-se observar que o entendimento predominante pelo STJ é no sentido que quando estamos diante de uma situação em que houve condenação, com pena majorada, respaldada em orientação jurisprudencial, e havendo modificação desse entendimento, não há que se falar em retroatividade benéfica ao réu, é o caso da extinta Súmula 174 do STJ, que autorizava o aumento de pena no crime de roubo, quando a intimidação para pratica do crime era feita com arma de brinquedo.

No entanto, em outubro de 2001 a referida Súmula foi cancelada, muito se discutiu à época se o aumento de pena imposto nesses crimes poderiam retroagir, trazendo algum benefício, diminuição da pena, a esses condenados.

Tendo em vista a falta de permissivo legal, nessa toada, Sanches Cunha aduz:

> A Constituição Federal de 1988 se refere somente à retroatividade da lei (proibindo quando maléfica e fomentando quando benéfica). De igual modo, o Código Penal não disciplinou a possibilidade da retroatividade na jurisprudência (CUNHA, 2019, p. 132).

Assim, apesar de haver correntes contrárias que defendem a retroatividade da jurisprudência, o entendimento predominante, inclusive consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça é que não existe e nem há que se cogitar retroatividade jurisprudencial, fundamentada tal corrente, majoritária, que não há permissivo legal para a retroatividade, nesses casos, mesmo que para beneficiar ao réu.

4 *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*

A redação do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, possibilita a retroatividade da lei para beneficiar o réu, ainda que já transitada em julgado sua condenação.

> Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (BRASIL, 1940)

Aqui está-se diante da chamada *novatio legis in mellius*. Essa norma é sempre de cunho retroativo, aplicando-se aos fatos anteriores, seja para os casos de aumento ou diminuição de pena, devendo, sempre, observar no caso concreto o que for mais benéfico ao réu, como demostrado nos exemplos acima e na farta jurisprudência.

Nesse sentido, Masson nos ensina que:

> Lei penal benéfica, também conhecida como *lex mitior* ou *novatio legis in mellius*, é a que se verifica quando, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime ou contravenção penal tenha sido praticado na vigência da lei anterior, e o novel instrumento legislativo seja mais vantajoso ao agente, favorecendo-o de qualquer modo. A lei mais favorável deve ser obtida no caso concreto, aplicando-se a que produzir o resultado mais vantajoso ao agente (teoria da ponderação concreta (MASSON, 2017, p. 137/138).

Como exemplo da aplicação do *novatio legis in mellius*, citamos a Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas), especificamente seu artigo 28 que traz a figura do usuário de drogas. Antes da entrada em vigor da citada lei, era penalizado com detenção, de 6 meses a 2 anos, e pagamento de 20 a 50 dias-multa, o usuário de drogas.

Com a vigência da Lei 11.343/2006, ocorreu a despenalização da conduta. Assim, caso um indivíduo esteja cumprindo pena pelo porte de drogas para consumo pessoal, essa penalização será cessada. Ressalte-se que o uso de substância ilícita entorpecente continua sendo crime, o que ocorreu foi a despenalização da conduta do usuário, e não a sua descriminalização.

Sobre o tema, já se manifestou o STF:

> EMENTA:
> I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. **Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis**

> **(C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado**. (STJ, RE 430105, 2007, grifo nosso)

Vale ressaltar qual o juízo competente para aplicação da nova lei, o que muito se discutia, se a competência era da condenação ou da execução, a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) definiu em seu artigo 66, inciso I, que compete ao juízo da execução:

> Art. 66. Compete ao Juiz da execução:
> I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; (BRASIL, 1984)

O Superior Tribunal de Justiça, se manifestou editando a Súmula 611:

> Súmula 611 STF - Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna. (STF, 1984)

Assim, caso entre em vigor uma nova lei que beneficie o réu e este já esteja cumprindo pena, o juízo competente para aplicação da nova norma é o da execução penal e não o da condenação.

No entanto, caso houver a necessidade de rever o mérito da questão, reavaliação de provas, etc. o juízo competente para essa analise será o do Tribunal que corresponderia ao julgamento do recurso concernente (GRECO, 2013, p. 17)

4.1 *NOVATIO LEGIS IN PEJUS*

Sobre os casos em que a nova lei prejudique o réu, trazendo penas maiores do que as aplicáveis ao tempo do fato, há a chamado *novatio legis in pejus* que é exatamente o que o princípio da irretroatividade veda.

Nesses acontecimentos, em que a lei não for benéfica ao agente, permanecerá a regra da irretroatividade *in pejus,* contida no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Masson ensina que:

> Essa regra tem incidência sobre todas as leis com conteúdo material, estejam alocadas tanto no Código Penal (parte Geral ou Parte Especial) ou na legislação penal extravagante, sejam incriminadoras ou reguladoras da imputabilidade, das causas excludentes da ilicitude, da aplicação da pena ou qualquer outra classe jurídica do poder punitivo. (MASSON, 2017, p. 137),

Há o exemplo da conduta do tráfico de drogas (artigo 33 da Lei 11.343/2006), atual Lei Antidrogas, que teve significativa alteração de pena.

A Lei 6.368/1976, antiga Lei Antidrogas, previa pena de 3 a 15 anos de reclusão para o crime mencionado:

> Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

> **Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.** (BRASIL, 1976, grifo nosso)

A nova Lei nº 11.343/2006, alterou a pena da conduta para reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa. Aqui prevalecerá a regra geral irretroatividade, uma vez que a nova lei prejudica o réu.

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, se manifestou editando Súmula 501, que diz:

> Súmula 501 STJ – É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis. (STJ, 2013)

Em suma, caso entre em vigor uma nova lei que prejudique o réu deve-se aplicar o princípio da irretroatividade penal.

4.2 NOVATIO LEGIS IN PEJUS E CRIMES PERMANENTES E CONTINUADOS

Entende-se por crime permanente aqueles que a consumação se prolonga no tempo, ou seja, a conduta não cessa, como por exemplo o sequestro tipifico do artigo 148 do Código Penal. Já o crime continuado é o elo de vários delitos, com condições de tempo, lugar, forma de execução e etc., sendo que os ulteriores devem ser havidos como continuação do primeiro, como exemplo podemos citar o furto com continuidade delitiva, artigo 155 c/c artigo 71 ambos do Código Penal (BRASIL, 1940).

E nesses casos se houver durante a execução do crime a entrada de nova lei que beneficie o infrator? Deve-se aplicar o princípio da irretroatividade?

O Supremo Tribunal Federal, quanto ao tema definiu que nos crimes permanentes ou aos crimes continuados, aplica-se a lei penal mais grave, isso acontece porque ao falarmos em continuação ou permanência, estamos diante da situação em que não cessou a pratica delituosa.

Diante desses casos o STF editou a Súmula 711, que diz:

> Súmula 711 STF - A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência. (STF, 2003)

Nesse sentido, mesmo que tenha entrado em vigor lei com pena mais severa, e a prática do delito ainda permanece em execução, aplicável nesses casos a nova pena, não havendo que se falar em irretroatividade da lei penal.

5 ABOLITIO CRIMINIS

O *abolitio criminis,* também previsto no caput do artigo 2ª do Código Penal, nos leva a chamada descriminalização penal, nessa senda, o fato que antes era uma infração penal, agora não passa de um "indiferente penal", ou seja, aquela conduta passa a ser irrelevante, não ocorrendo a tipificação material e por igual modo a legal, em outras palavras o risco criado pelo agente é permitido (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, Sanches Cunha ensina que:

> A *abolitio criminis* é o fenômeno verificado sempre que o legislador, atento às mutações sociais (e o princípio da intervenção mínima), resolve não mais incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento

> jurídico-penal a infração que previa, julgando que o Direito Penal não mais se faz necessário à proteção de determinado bem jurídico (CUNHA, 2019, p. 124).

Ocorrendo a abolição do crime deve de imediato cessar as sanções penais impostas.

Nesse sentido, Masson (2017, p. 138) ensina que: “Nos termos do art. 5ª, XL, da Constituição Federal, a *abolitio criminis* e *a novatio legis in melliuns* devem retroagir, por configurar nítido benefício ao réu.”

Como exemplo do *abolitio criminis* podemos citar a abolição do artigo 240 do Código Penal, que disponha sobre o adultério, alterado pelo artigo 5º da Lei nº 11.106/05.

Antes de 2005 aquele que traísse seu cônjuge poderia ter uma pena de detenção, de quinze dias a seis meses.

Desse modo, devido as regras impostas pelo princípio aqui ponderado, as condenações executadas pelo artigo 240 do Código Penal, perderam seus efeitos penais, cessando assim suas execuções.

A natureza jurídica deste instituto é inserida na norma do artigo 107, inciso III, do Código Penal, que assim tem:

> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
> **III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;**
> (BRASIL,1940, grifo nosso)

Extrai-se do inciso III, do artigo 107, do Código Penal que o *abolitio criminis,* trata-se expressamente da exceção do princípio da irretroatividade, como já exposto acima. No mesmo sentido é o que se extrai da segunda parte do artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, “**salvo para beneficiar o réu**”, ou seja, a norma penal pode retroagir para trazer algum benefício ao incriminado.

Dessa forma, havendo a retroatividade benéfica da lei penal, haverá a extinção da punibilidade do agente, assim, todos aqueles que estavam respondendo ao crime que foi abolido terão seus processos

arquivados, além disso, aos que já cumprem pena terão sua liberdade decretada.

O *abolitio criminis* alcançará a execução e consequentemente os efeitos penais da sentença que condenou o indivíduo, revogando-se também a reincidência e os maus antecedentes.

No entanto, importante ressaltar que essas benesses não terão efeitos sobre as condenações civis, tais como: obrigação de reparar o dano acarretado pela infração penal e a constituição de título executivo judicial, tendo em vista que conforme se extrai do artigo 515, inciso VI, do Código de Processo Civil e do artigo 63 do Código de Processo Penal, sentença condenatória transitada em julgado torna-se um título executivo judicial, o qual será mantido, mesmo que ocorra o *abolitio criminis*.

Entretanto, mister esclarecer que para a configuração do *abolitio criminis* não basta a revogação formal do tipo penal, caso a tipificação da conduta venha a ser disciplinada por outra norma, ou seja, ocorra a transferência da conduta para outro dispositivo, estaremos diante do princípio da continuidade normativa.

É o caso do atentado violento ao pudor, o artigo 214 do Código Penal foi revogado pela Lei 12.015/09, no entanto, a prática delituosa passou a vigorar na redação do artigo 213 do Código Penal, intitulado agora como "estupro", nesses casos não há que se falar em abolição da tipificação.

Convém ressaltar também, os episódios de *abolitio criminis* temporário, que são os casos em que a lei autoriza ao agente ajustar, num prazo determinado, a sua situação jurídico-penal, isentando-o de responsabilidade.

Para Masson,

> O *abolitio criminis* temporário pode ser reconhecido nas ocorrências em que a norma augura a descriminalização transitória de determinada conduta. Como exemplo podemos citar o ocorrido nos artigos 30 a 32 da Lei 10.826/03 (Estatuto do

> desarmamento), quando foi autorizado a extinção da punibilidade quanto aos responsáveis pelos crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo àqueles que realizaram voluntariamente a entrega de armas de uso permitido, dentro dos prazos estabelecidos (MASSON, 2017, p. 137).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, se posicionou através da Súmula 513, ao firmar o entendimento que:

> Súmula 513 - STJ: A 'abolitio criminis' temporária prevista na Lei n. 10.826/2003 aplica-se ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticado somente até 23/10/2005 (STJ, 2014).

No entanto, mister ressaltar que não há empecilho para o legislador, que um fato descriminalizado seja capaz de se tipificar como delituoso novamente, afinal, o tempo rege o ato. Contudo, essa nova lei somente alcançará os fatos futuros, por força do princípio da anterioridade e também da irretroatividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da irretroatividade, busca a efetivação do direito à liberdade e controlar o poder punitivo estatal, uma vez que veda a lei de retroagir para prejudicar o réu, trazendo uma segurança jurídica e revalidando o princípio da anterioridade da lei, artigo 1ª do Código Penal.

Já sua exceção, a retroatividade *in mellius*, nos leva a ratificação do intuito da Lei Penal, que não tem apenas o condão de punir, mas também o de ressocializar o homem infrator, colocando-o apto ao convívio social.

É fato que a sociedade brada por lei mais severas e efetivas, no entanto, na maioria das vezes e, principalmente, pelos leigos, são deixados de lado a humanização, ao passo que pensam apenas na punição e esquecem da ressocialização.

Nesse contexto, o princípio da irretroatividade e suas aplicações, conforme expostas ao longo desde estudo nos mostra que sua finalidade é além da segurança jurídica, mas também alocar freio ao *jus puniendi*, quando proibi que a lei volte ao tempo para punir fato não tipificado, e permiti sua regressão para fazer valer algum benefício advindo de nova norma.

Não se fala, nesse segundo caso, de impunidade ou insegurança normativa, mas sim da vontade do legislador ao modificar alguma lei, tendo em vista que a vontade do poder legislativo, deve em regra submeter-se à vontade social, logo não havendo mais a necessidade da tipificação de determinada conduta ou pena tão significativa, deve a lei mais benéfica retroagir.

Conclui-se, então, que o princípio da irretroatividade da lei penal é o "preâmbulo" da anterioridade da lei e da sua ressalva, a retroatividade é a garantia dos valores inerentes à condição humana, no sentido de liberdade e ressocialização.

REFERÊNCIAS

BAIA, Gemersom, ROCHA, Paloma Brandão, RODRIGUES, Everton de Brito. **CAIM E ABEU:** O Primeiro Homicídio. Disponível em:<https://biblio.direito.ufmg.br/?p=4998 >. Acesso em: 10 Jul 2022.

BRASIL. **Código Penal.** 1940. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 Abr 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** 1984. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 05 Abr 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 Abr 2022.

BRASIL**. Lei de Drogas**. 1976. Disponível em**:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 10 Mai 2022.

BRASIL**. Lei de Drogas**. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 Mai 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.015**. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 10 Mai 2022.

CAVALCANTE, Anna. **[Pensar Criminalista] Princípio da irretroatividade da lei penal.** Disponível em: <https://annapaulacavalcante.jusbrasil.com.br/artigos/1276840346/pensar-criminalista-principio-da-irretroatividade-da-lei-penal>. Acesso em: 10 Jul 2022.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral (arts. 1ª ao 120). Volume Único, 7. ed. Salvador: JuPodivm, 2019.

GREGO, Rogério. **Código Penal Comentando.** 7. ed. Niterói/Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado:** Parte Geral (arts. 1ª ao 120), Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Método (Gen), 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual Penal**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp n. 1.447.604/SC**. 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/RamosDoDireito/Sumulas_com_capa_-_04_marco_2022.pdf>. Acesso em: 07 Jul 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RE 430105.** 2007. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/RamosDoDireito/Sumulas_com_capa_-_04_marco_2022.pdf>. Acesso em: 07 Jul 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Secretaria de Jurisprudência Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência**. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/RamosDoDireito/Sumulas_com_capa_-_04_marco_2022.pdf> Acesso em: 16 Jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 59.777/ SP.** 2006. Disponível em:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%20 430ural=true&page=eSize=10&sort=_score&sortBy=&isAdvanced=true>. Acesso em: 07 Jul 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 430105.** 2007. Disponível em:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/searchclasseNumeroIncidente=%22RE%20

4&base=acordaos&al=true0&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 19 Jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmulas do STF.** 2017. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 16 Jun 2022.

O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE COMO FORMA DE LIMITAÇÃO AO PODER DE PUNIR DO ESTADO E COMO PROTEÇÃO À FIGURA DO USUÁRIO DE DROGAS

Nayara Lorena Silva Santos[6]

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade a análise dos Princípios da Lesividade ou da Ofensividade, como também é conhecido, e da Alteridade, como moderadores do poder punitivo do Estado. O Princípio da Lesividade preceitua que ninguém será punido por condutas que não causem danos ou coloquem em risco o bem jurídico alheio, enquanto o Princípio da Alteridade afirma que ninguém será punido por condutas que atinjam apenas a esfera do próprio indivíduo. Contudo, existe grande discussão sobre o dever ou não do Estado de reprimir àqueles que fazem uso de substâncias entorpecentes e ilícitas. Buscou-se com o presente trabalho analisar o ponto de vista do legislador que inovou ao aplicar medidas socioeducativas aos usuários de drogas fazendo uso dos princípios aqui tratados. Com a finalidade de obter a resolução da problemática, foi utilizada a pesquisa em sua forma qualitativa, de caráter exploratório pelo método dedutivo.

Palavras-chave: Princípio da Lesividade; Princípio da Ofensividade; Princípio da Alteridade Penal; Usuário de Drogas; Repressão Estatal.

INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito o instituto do Direito Penal é tido como a última *ratio*, ou seja, sua aplicação só é admitida caso não seja possível aplicar qualquer outro ramo do ordenamento jurídico

6 Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. E-mail: nayara.lssantos13@gmail.com

brasileiro ao caso em concreto e, por esse motivo, as sanções penais são consideradas medidas extremas e gravosas.

Nesse ínterim, alguns princípios foram desenvolvidos por doutrinadores a partir de previsões implícitas nas leis brasileiras e internacionais que se prestam para limitar o *jus puniendi* estatal ou melhor dizendo, o poder de punir do Estado.

O presente artigo tem como foco a apresentação dos Princípios da Lesividade e de seu corolário, o Princípio da Alteridade como sendo moderadores do *jus puniendi* estatal, bem como sobre a aplicação de ambos à proteção do usuário de drogas, fazendo uso da pesquisa qualitativa, de caráter exploratório e pelo método dedutivo.

Para melhor compreensão do tema e da aplicação dos princípios moderadores do poder/dever de punir do Estado, este trabalho foi dividido em dois capítulos além da introdução e da conclusão.

O Princípio da Lesividade é tratado em sua forma ampla no primeiro capítulo, este princípio tem por definição a impossibilidade de punir condutas que não causem dano ou perigo de lesão ao bem jurídico alheio.

Para aflorar a discussão acerca da proteção da figura do usuário de drogas, apresentou-se os 4 (quatro) aspectos do Princípio da Lesividade criados por Nilo Batista em sua obra "Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro", dos quais 2 (dois) deles foram utilizados para promover a proteção do dependente químico, quais sejam: a inexistência de conduta que ultrapasse o âmbito do próprio autor e de afetação de um bem jurídico alheio.

Por isso, abriu-se a discussão sobre os motivos que levaram o legislador a aplicar medidas socioeducativas àquele que pratica alguma das condutas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas, em especial, o porte de substâncias para consumo próprio, ao invés de aplicar penas restritivas de direito ou de liberdade como acontece no artigo 33 da mesma Lei.

O que se sabe é que a proteção conferida ao usuário que não possui sua liberdade ou seus direitos enquanto cidadão restritos, tem

como foco a necessidade de tratamento do vício e da saúde, e não de uma repressão estatal como ocorre nos demais casos.

Devido a isso, a dependência química foi tratada como sendo uma questão de saúde pública que merece cuidados por parte do Estado e não uma punição com a privação de direitos ou de liberdades como ocorre com a figura do traficante previsto na Lei de Drogas.

1 OS ASPECTOS DOS PRINCÍPIOS DA LESIVIDADE E DA ALTERIDADE E A APLICABILIDADE COMO MODERADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

No Estado Democrático de Direito não existe espaço para julgamento, condenação ou ainda, juízo de valor com base na moral, nos sentimentos e nos bons costumes, vez que só se permite a criminalização de condutas que verdadeira e efetivamente causem dano ou ameaça de lesão ao bem jurídico de terceiro protegido pelo Direito Penal, conforme ensina Silva (2020).

Conhecido como Princípio da Lesividade ou da Ofensividade, este não possui previsão expressa na Constituição Federal, no Código Penal ou no Código de Processo Penal, mas teve sua construção a partir de doutrinadores e da previsão constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão datada de 1789 positivou os direitos do homem em seus 17 (dezessete) artigos, sendo os mais importantes para a presente temática o 4° e 5°, *in verbis:*

> Artigo 4º **A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem:** assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. **Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei**.

> Artigo 5º **A Lei não proíbe senão as acções prejudiciais à sociedade**. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, grifos nossos).

Em breve leitura dos artigos 4° e 5° da referida Lei, têm-se que a liberdade é um direito positivado no ordenamento jurídico universal, mas não supremo. Isso porque, as condutas de cunho liberal que extrapolem a esfera pessoal do agente atingindo o patrimônio ou o bem jurídico de terceiros ou ainda, causando efetivos prejuízos à sociedade, serão punidas.

Contudo, se as ações não causarem prejuízos a outro indivíduo, não há que se falar em punição, tampouco em intervenção por parte do Estado no exercício dos direitos naturais do homem, também conhecido como livre arbítrio.

Capez (2022) leciona que nem toda ameaça ou lesão ao direito merece atenção e intervenção do Direito Penal, uma vez que determinadas condutas não são capazes de agredir significativamente um bem jurídico a ponto de clamar por uma resposta punitiva do Estado.

Isso porque o Direito Penal não se preocupa em cuidar de qualquer bem jurídico, mas tão somente daqueles considerados relevantes e indispensáveis à convivência humana pacífica, como por exemplo, a vida, a honra, o patrimônio e a liberdade desde que tenham sido efetivamente violados por terceiros.

Para que o Estado faça uso de seu poder/dever punitivo, é necessário que o bem jurídico seja tutelado pelo Direito Penal e que exista potencial ofensivo na conduta do agente apto a causar dano ou ameaça de lesão a outrem, para que assim, o *jus puniendi* estatal seja reivindicado, como determina Silva (2020).

Logo, a melhor definição ao Princípio da Lesividade é a de que as condutas que não causem danos, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico de terceiros, tutelado pelo Direito Penal, não podem suportar

uma resposta ou repressão Estatal, mas tão somente aquelas condutas de inegável potencial ofensivo.

O Estado não se preocupa em sancionar condutas irrelevantes ou que não causem verdadeiros danos à terceiros. Segundo ensina Capez (2022), o Direito Penal não pune condutas insignificantes, tendo em vista que as sanções previstas no Código Penal são tão severas que sua aplicação às ações irrisórias se mostraria desproporcional e inapropriada.

O Direito Penal é, portanto, a última medida que se deve tomar a fim de garantir a ordem da sociedade e da convivência humana, tendo em conta que os outros institutos do direito devem ser acionados a priori e, só ante a impossibilidade de pôr fim ao conflito por inaplicabilidade das outras áreas é que as penas gravosas do âmbito criminal devem ser suscitadas.

Bittencourt (2012, p. 28) define de forma objetiva a ideia aqui retratada da seguinte forma: “no princípio da ofensividade, somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano”.

Assim, se uma conduta não possui potencial ofensivo concreto ou se não causa efetivo dano ao bem jurídico alheio, não há que se falar em repressão Estatal, tampouco em crime, vez que a conduta será considerada atípica por ausência de relevância no mundo real e na literalidade da lei penal.

Não obstante, se faz necessário discorrer sobre os 4 (quatro) aspectos do Princípio da Lesividade que são de extrema relevância para melhor compreensão, entendimento e aplicabilidade do princípio como sendo um moderador do poder punitivo Estatal.

Batista (2007) releva que o primeiro aspecto diz respeito a proibição de tornar crime uma atitude de caráter interno do sujeito. Assim, os anseios, desejos, ideias e planos não podem ser alvos de repressão ou punição estatal, tendo em vista que não se pode punir os sentimentos, afeições tampouco a cogitação.

O fato de pensar, imaginar ou cogitar o cometimento de um crime de homicídio, por exemplo, não pode ser punido, vez que não houve concretização da ideia por parte do indivíduo no mundo real. A cogitação é uma fase interna que acontece apenas na mente de quem idealiza determinada prática delituosa, tratando-se da primeira fase do *iter criminis* e que não pode sofrer repressão do Estado.

Em segundo lugar, Batista (2007) continua dizendo que uma conduta que não atinja o bem jurídico alheio não pode ser punida. É o caso aqui, do suicídio ou da autolesão que causam danos apenas ao sujeito que pratica a conduta sem atingir bem jurídico de terceiros.

Logo, como seria possível punir uma conduta que apesar de danosa ao indivíduo, não viola o bem jurídico de outra pessoa? Ou em termos mais simples, como seria possível punir alguém que só causou danos a si mesmo? Se isso ocorresse as punições seriam inúteis e desproporcionais, e é isso que os Princípios da Ofensividade e da Alteridade visam coibir.

Segundo Chediak (2020), outro princípio importantíssimo e que merece destaque no presente trabalho é o Princípio da Alteridade desenvolvido por Claus Roxin, que determina que as caras sanções do Direito Penal não podem punir condutas que causem lesões apenas ao próprio indivíduo.

Tal princípio não possui previsão expressa na Constituição Federal, no Código Penal ou no de Processo Penal, mas fora desenvolvido por Roxin, jurista que afirmou que ninguém pode ser punido por praticar atitudes que prejudiquem somente a si mesmo, ou seja, se a ação não causar danos a terceiros não há que se falar em repressão.

Conforme leciona Masson (2011) fazendo referência aos fundamentos da decisão do Superior Tribunal de Justiça (2011) proferida no HC 81.175/SC, o Princípio da Alteridade não permite a punição de condutas internas ou moralmente censuráveis, tendo em vista que não se pode reprimir quem cause danos ao seu próprio bem jurídico, seja ele físico, patrimonial ou moral.

Assim, importante reconhecer que os princípios da Lesividade e da Alteridade se complementam, uma vez que o primeiro não permite a punição de condutas que não coloquem em risco ou causem efetiva lesão ao bem jurídico de terceiros, enquanto o segundo proíbe a incriminação de ações que prejudiquem apenas o bem jurídico do próprio agente.

Dando sequência aos aspectos do Princípio da Lesividade, Batista (2007) afirma que o estado de existência não pode ser penalizado.

Isso porque não se pode punir alguém simplesmente pelo fato de ser e existir, com base em suas características físicas ou crenças, mas tão somente pelos atos dissociados da legislação penal com legítimo e concreto potencial ofensivo que resultem na violação ao bem jurídico de terceiro tutelado pelo Estado.

Por fim, Batista (2007) coloca como quarto e último aspecto a real definição do que é o Princípio da Lesividade. Ele afirma que não se pode punir condutas sem potencial ofensivo.

Nesse ínterim, ainda que as condutas não sigam um padrão comportamental esperado pela sociedade em que o indivíduo esteja inserido, se elas não forem proibidas pela legislação penal e/ou se não causarem dano ou perigo de lesão à terceiros, o Estado não estará autorizado a exercer seu poder punitivo em desfavor do agente.

Desta forma, os Princípios da Lesividade e da Alteridade funcionam como moderadores do poder punitivo estatal, não havendo que se falar em repressão quando inexistirem condutas que atinjam de forma efetiva o bem jurídico alheio ou que lhes cause lesão ou perigo de dano, pois caso isso acontecesse as repressões violariam de forma direta o ordenamento jurídico brasileiro, em especial os elementos que permitem a aplicação do Direito Penal.

2 OS PRINCÍPIOS DA LESIVIDADE E DA ALTERIDADE E A PROTEÇÃO DA FIGURA DO USUÁRIO NO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

Segundo leciona Bittencourt (2012), de acordo com o Princípio da Lesividade as condutas somente serão punidas se atingirem ou ameaçarem atingir um bem jurídico relevante para a sociedade em que fora praticada.

Logo, têm-se que as condutas devem ter potencial ofensivo apto a atingir um bem jurídico de terceiro fundamental para aquela sociedade. Assim, se determinada sociedade não tem como imprescindível determinado bem jurídico e se não há proteção pelo Direito Penal, a conduta do agente não será punida por ausência de violação concreta à interesse que importe a coletividade.

Aparentemente, os crimes que atentam contra a saúde pública interessam a sociedade. Tanto é que o legislador se preocupou em criar a Lei n° 11.343/2006, fins de punir aquele que coloque em perigo a saúde pública que, por sua vez, é direito de todos e dever do Estado, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A saúde pública foi o bem jurídico tutelado pelo legislador quando incriminou as várias condutas relacionadas às drogas, como por exemplo, o tráfico ilícito de entorpecentes, a associação ao tráfico, o plantio de drogas, a venda, o transporte etc., condutas estas que sem dúvidas, causam prejuízos à sociedade.

De outro lado, existe a figura do usuário de drogas.

Segundo Dias (2022), o usuário não afeta a saúde de terceiros, mas tão somente a sua própria, tendo em vista que é ele quem faz uso das substâncias e tem seu patrimônio afetado, sendo inviável punir a conduta que não extrapola o direito do próprio agente.

Assim, se restar comprovado que o agente está colocando em risco somente sua vida e não a saúde pública como um todo, não há que se falar em repressão estatal, mas sim, em aplicação de medidas socioeducativas ou na melhor das hipóteses, na declaração

de atipicidade da conduta, a depender do entendimento do órgão julgador.

O fundamento aqui exarado é o mesmo do legislador que deixou de aplicar penas restritivas de direito ou de liberdade à figura do usuário de drogas se limitando a aplicar medidas socioeducativas, inovando assim, nas abordagens sancionatórias. Veja o teor do artigo 28 da Lei 11.343/2006 e seus incisos:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, **para consumo pessoal**, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar **será submetido às seguintes penas**:
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
> II - prestação de serviços à comunidade;
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Sem grifos no original. (BRASIL, 2006, grifos nossos).

Perceba que o legislador se preocupou em aplicar penas ou como são popularmente conhecidas, medidas socioeducativas, a quem coloca apenas a sua saúde em risco, mas em contrapartida, aplicou penas restritivas de liberdade a quem submete a saúde pública como um todo e a saúde de terceiros a risco, conforme previsão do artigo 33 da mesma Lei.

Não obstante, Scriboni (2012) inicia seu artigo com a seguinte frase "A pessoa que atenta contra sua vida não precisa de punição, mas de ajuda." Diferente não é o entendimento do legislador quando deixou de prever sanções rigorosas ao usuário e ao dependente químico, mas ainda assim, adotou penas privativas de liberdade para quem importa, exporta, vende, transporta, traz consigo, entrega para consumo ou compartilha as drogas com terceiros.

A diferença entre a decisão de aplicar medidas socioeducativas ou penas restritivas de direito e de liberdade, tem como fundamento a desnecessidade de punir severamente quem coloca apenas sua vida

em risco e, de outro lado, a obrigação do Estado de punir aquele que expõe à risco o direito da coletividade, qual seja, a saúde pública.

Os dependentes químicos e usuários de drogas recebem da legislação brasileira tratamento diferenciado, sendo impossível negar que o tratamento da dependência, os programas de atenção e acolhimento são, sem dúvidas, as melhores respostas a quem coloca em risco e prejuízo apenas a própria saúde.

Segundo Capez (2011, p. 33) o Princípio da Alteridade e o artigo 28 da Lei de Drogas devem ser interpretados em conjunto a fim de garantir a proteção do usuário. Veja o que o doutrinador e professor disse: “poder-se-ia alegar ofensa a este princípio, pois quem usa droga só está fazendo mal a própria saúde, o que não justificaria uma intromissão repressiva do Estado (...).”

Assim, dado o fato de que o uso de drogas não gera qualquer tipo de afetação a bem jurídico alheio, não há que se falar em recriminação da conduta por meio da aplicação de penas restritivas de liberdade ou de direito, devendo a autoridade judiciária aplicar os Princípios da Lesividade e da Alteridade ao caso concreto atendidas as suas peculiaridades.

Joffily (2012) argumenta que a ideia de descriminalização do porte de drogas para uso pessoal demonstra grande avanço para o Direito Penal.

Em que pese existirem entendimentos e posicionamentos divergentes, o que se pretende aqui é demonstrar como os princípios estudados podem ser aplicados para a proteção do usuário de drogas ante a desnecessidade de punir condutas que não coloquem em risco concreto ou que não atinjam bem jurídico alheio, mas apenas o agente.

Ao analisar o caput do artigo 28 da Lei de Drogas, percebe-se que o legislador incriminou várias condutas, mas deixou de tornar crime o uso de drogas. Nessa mesma linha, Capez (2011) afirma que não se pode confundir a conduta de portar a substância para usar em momento futuro, ainda que breve, com o fato de portar a droga enquanto a consome.

Isso porque o ato de portar drogas para consumo pessoal é crime, mas o seu uso enquanto porta não é por ausência de previsão da conduta na Lei de Drogas. E o que não é proibido, pode não ser visto com bons olhos, mas é permitido.

Seguindo essa mesma ideia, Caetano (2020) afirma que o artigo 28 da Lei supracitada não tornou crime o uso de drogas, mas sim, o fato de portar a substância ilícita por tempo suficiente para que ela circule em determinada sociedade, colocando-a em risco, para posterior consumo.

Mas e se as drogas forem mantidas com o usuário apenas e somente durante o tempo necessário para seu consumo?

Capez (2011) traz a resposta para a problemática afirmando que quem detém a droga por período de tempo suficiente apenas para seu uso e limita-se a consumir a substância em detrimento ao seu próprio bem jurídico, qual seja sua saúde sem causar danos à terceiros, deve ser abarcado pelos Princípios da Alteridade e da Lesividade, uma vez que a conduta não gera qualquer prejuízo para a sociedade.

Sendo assim, se o agente ao fazer uso das substâncias entorpecentes causou danos apenas a si próprio, sem colocar à vida e a saúde de terceiros em risco e se não causou quaisquer perigos de dano a sociedade, há de se aplicar ao caso em concreto os princípios aqui tratados evitando a incriminação e punição da conduta.

Nos artigos 4°, inciso I e 22, inciso I da Lei de Drogas é possível identificar indícios do Princípio da Alteridade em forma de proteção ao usuário de drogas. Senão, vejamos:

> Art. 4º. São princípios do SISNAD:
> I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua **autonomia** e à sua **liberdade**; (BRASIL, 2006).
> Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

> I - **respeito ao usuário e ao dependente de drogas**, independentemente de quaisquer condições, **observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social**. (BRASIL, 2006, grifos nossos).

Perceba que, mesmo ciente de que o uso de substâncias ilícitas causa danos ao usuário, o legislador determinou que sua autonomia e liberdade devem ser respeitadas, observando-se sempre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Campopiano (2011), rejeitou uma denúncia a respeito do porte de drogas para consumo próprio sob o fundamento de que a lei que tornou crime tal conduta está eivada de inconstitucionalidade, haja vista se tratar de afronta ao Princípio da Alteridade. Em seus fundamentos, o Ilmo. Magistrado afirmou que o Estado não pode punir conduta inofensiva ao bem jurídico de terceiros, uma vez que o indivíduo deve ter a liberdade de gerir sua vida como bem entender.

Assim sendo, a liberdade, autonomia e o direito ao próprio corpo do cidadão não podem ser tolhidos pelo ente estatal, vez que sequer existe no ordenamento jurídico brasileiro o crime de uso de drogas, mas tão somente a repressão socioeducativa de condutas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas, em especial a de portar substâncias ilícitas para consumo próprio.

De outro lado, Silva (2020) revela que o Estado deve garantir e preservar a moral e os bons costumes, entretanto, afirma que ele não pode violar os direitos fundamentais dos cidadãos, tampouco interferir em seus credos, em seu direito ao próprio corpo e em seus hábitos a ponto de criminalizar até mesmo as práticas daquela civilização.

Pode-se dizer, sem adentrar ao mérito de ser ele constitucional ou não, que o artigo 28 da Lei de Drogas fere frontalmente os Princípios da Lesividade e Alteridade, uma vez que a autolesão e as condutas que não coloquem terceiros em risco ou perigo de dano não podem ser alvos de repressão pelo Estado.

Boiteux (2009) afirma que não há lesividade na conduta do usuário de drogas, tendo em vista que o fato de fazer uso, sozinho, de substâncias entorpecentes, não pode de forma alguma ser considerado um perigo à sociedade.

Isso porque a questão prejudicial à saúde do indivíduo, seja ele dependente químico ou usuário de drogas não deveria importar a justiça criminal, o que revela evidente repressão à individualidade, aos preceitos fundamentais da Carta Magna e ao direito ao próprio corpo do cidadão.

Nesse ínterim, Boiteux (2009) revela seu posicionamento sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal e a proteção que se deve dar ao usuário de drogas.

Veja-se:

> Do ponto de vista teórico, de forma coerente, a descriminalização funda-se ainda na **defesa do direito à privacidade e à vida privada, e na liberdade de as pessoas disporem de seu próprio corpo, em especial na ausência de lesividade do uso privado de uma droga** (...) (BOITEUX, 2009, grifo nosso).

É importante lembrar que os direitos fundamentais não podem ser limitados por qualquer motivo ou fontes de embasamento, mas apenas se o seu exercício estiver causando danos a terceiros ou a sociedade como um todo.

Marília Scriboni (2012) afirma que o usuário de drogas, pessoa que atenta contra sua própria vida, não precisa de punição, mas sim de tratamento e atenção, como de fato é previsto na Lei de Drogas, o que por sua vez justifica a aplicabilidade dos Princípios da Lesividade e da Alteridade ao crime em tela.

Desta forma, o usuário de drogas e sua conduta de fazer uso de substâncias ilícitas prejudiciais apenas a sua própria saúde, não pode ser proibida ou reprimida pelo Estado Democrático de Direito, haja

vista se tratar de conduta que não afeta o direito à saúde de terceiros, tampouco a vida da coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios elencados possuem inequívoca importância para o âmbito criminal, uma vez que representam as limitações ao direito de punir atribuído ao Estado de Direito.

O Princípio da Lesividade é definido então, pela impossibilidade de punir condutas que não causem lesão ou perigo de dano ao bem jurídico de terceiros, ou seja, não se pode punir condutas que não detém o condão de prejudicar alguém em razão de sua irrelevância para o Direito Penal.

Então, se determinada conduta não causar dano ou perigo de lesão ao bem jurídico de terceiros que importe a sociedade em que for praticada ou ainda, se prejudicar apenas o próprio agente, não há permissão para que o ente estatal utilize suas sanções contra o autor. Logo, é inegável que o suicídio, a automutilação e a autolesão não podem ser punidas por atingirem apenas o próprio agente. Assim, se determinada conduta atingiu ou prejudicou apenas o agente, não há que se falar em repressão estatal.

Como corolário do Princípio da Lesividade, têm-se o Princípio da Alteridade que é o princípio que impede a punição de condutas que não extrapolem o direito do próprio autor, sendo, portanto, impossível punir ações moralmente censuráveis ou internas.

Por esse motivo, o Princípio da Alteridade é visto como um complemento ao Princípio da Lesividade, vez que ambos se fundam na impossibilidade de punir alguém por condutas sem potencial ofensivo, tidas como irrelevantes para o Direito Penal e que gerem danos apenas ao agente.

Em que pese possuir o dever de punir, o Estado não pode utilizar seu poder de forma desenfreada e sem escrúpulos, pois se assim fosse, as sanções do Direito Penal seriam aplicadas de forma arbitrária e

sem motivação à toda e qualquer conduta. Por esse motivo diversos princípios são limitadores do *jus puniendi* estatal.

À vista disso, os Princípios da Lesividade e da Alteridade são considerados moderadores do poder punitivo atribuído ao Estado, bem como formas de proteção à figura do usuário de drogas prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006. Neste crime, não há danos ou risco ao bem jurídico de outrem e a conduta não possui potencial ofensivo praticado pelo usuário de drogas.

Isso porque o fato de o agente portar drogas durante tempo estritamente necessário para seu uso não detém o condão de causar danos a terceiros, o que por si só, afastaria o direito de intervir em suas escolhas, bem como o direito de punir do Estado.

O Estado que possui o dever de punir os agentes infratores, acaba por proteger a figura do usuário ante a prioridade de tratar seu vício em razão dos Princípios da Lesividade e da Alteridade que limitam a atuação e aplicação do *jus puniendi,* diversamente do que acontece nos demais crimes.

Assim, o que se observa é a necessidade de conferir maior atenção à quem coloca em risco apenas – e somente – a sua própria vida e saúde.

E, tal fato não merece repressão do Estado por ser a conduta irrelevante para o Direito Penal sob a ótica dos princípios norteadores deste trabalho, tendo em vista a ausência de risco para terceiros.

Desta forma, chegou-se à conclusão de que os Princípios da Lesividade e da Alteridade devem ser aplicados pelo órgão julgador aos casos concretos avaliando-se a peculiaridade de cada um, em especial àqueles que não coloquem em risco ou que não causem danos ao bem jurídico de terceiros, bem como para quem praticar a irrelevante conduta de prejudicar apenas a si próprio, como é o caso do usuário de drogas.

Os Princípios da Lesividade e da Alteridade devem ser aplicados pelo órgão julgador, em especial a figura do usuário de drogas, ante a real necessidade de dispensar atenção, ao invés de punição, àquele que coloca apenas sua vida em risco.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan Ltda., 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOITEUX, Luciana. Legalização das drogas: aumenta o consumo. O proibicionismo falhou. Edição 26. **Le Monde Brasil Diplomatique**, 2009. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/aumenta-o-consumo-o-proibicionismo-falhou/> Acesso em: 22 Jun 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 Mai 2022.

BRASIL, Lei n° 11.343 de 23 de agosto de 2006. **Lei de Drogas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 22 Jun 2022.

CAETANO, Wesley. **Porte de drogas para consumo pessoal**. 2020. Disponível em: <https://wesleycaetano.jusbrasil.com.br/artigos/1103825127/porte-de-drogas-para-consumo-pessoal> Acesso em: 22 Jun 2022.

CAMPOPIANO, Bruno Cortina. **Direito Penal.** Porte de drogas/entorpecentes para uso próprio. Princípio da autonomia da vontade da pessoa. Princípio da ofensividade. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2011. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4750-Direito-penal-Porte-de-drogas-entorpecentes-para-uso-proprio-Principio-da-autonomia-de-vontade-da-pessoa-Principio-da-ofensividade-Declaracao-incidental-de-inconstitucionalidade> Acesso em: 25 Jun 2022.

CAPEZ, Fernando. A insignificância da lesão e a (des)necessidade de aplicação de pena. **Revista Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-20/controversias-juridicas-insignificancia-lesao-desnecessidade-aplicacao-pena.> Acesso em: 19 Jun 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** - parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHEDIAK, Rodrigo Otávio dos Reis. **Dos princípios constitucionais penais**. International Center for Criminial Studies, 2020. Disponível em: <http://iccs.com.br/dos-principios-constitucionais-penais-rodrigo-otavio-dos-reis-chediak.> Acesso em: 22 Jun 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> Acesso em: 05 Jun 2022.

DIAS, Letícia Machado Vilhena. **Sentença**. Conceição do Mato Dentro. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2022. Disponível em: <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1488536412/criminal-inquerito-policial-55263620218130175-conceicao-do-mato-dentro-mg/inteiro-teor-1488536419.> Acesso em: 15 Jun 2022.

JOFFILY, Tiago. O princípio da Lesividade na reforma penal. **EMERJ.** Vol. 15. N° 60, p. 46-58. Rio de Janeiro/RJ, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral esquematizado. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

SCRIBONI, Marília. **Usuário não pode ser punido por porte de drogas**. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jan-14/usuario-drogas-nao-punido-prejudicar-defensoria.> Acesso em: 09 Jun 2022.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 81.175/SC.** Brasília-DF, 2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=996170&num_registro=200700808191&data=20110207&formato=PDF> Acesso em: 25 Jun 2022.

O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E O CARÁTER DA SUBSIDIARIEDADE E DA FRAGMENTARIEDADE

Alexandre Lima Grochowski Sabino[7]
Gabriela Maciel Lamounier[8]

RESUMO: Este artigo propõe uma discussão e análise sobre o Princípio da Intervenção Mínima e o caráter da subsidiariedade e da fragmentariedade, analisados como subprincípios que visam salvaguardar e tutelar bens jurídicos relevantes, buscando concomitantemente ora remediar, ora intervir, em condutas estatais extremas. Tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário devem se atentar para este princípio, quando o exercício de suas funções estiver diretamente relacionado ao âmbito criminal. Para desenvolver este artigo científico, utilizou-se a pesquisa teórico-bibliográfica em doutrinas e artigos publicados em revistas impressas ou eletrônicas, bem como a pesquisa documental, na legislação e em jurisprudências.

Palavras-chave: Intervenção Mínima. Subsidiariedade. Fragmentariedade. Limitação do *jus puniendi.*

INTRODUÇÃO

O Estado, se reveste do poder de intervir e agir, conforme as normas estabelecidas de cunho constitucional e infraconstitucional, buscando parametrizar e uniformizar condutas, diminuir as diferenças sociais, e punir de modo interventivo e corretivo comportamentos contrários ao idealizado pelo Estado em sua concepção constitucional.

---

7 Graduado em Direito pela Faculdade Minas Gerais - FAMIG. E-mail: alexandre.grochowski@outlook.com.

8 Advogada – S.L.A. Advocacia Sistêmica. Professora universitária. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual e Direito Ambiental pela PUC/MG. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestra e Doutora em Direito Público e Pós-Doutora em Direito Penal pela PUC/MG. E-mail: gabilamounier78@gmail.com.

Tal condão estatal, admite a utilização de diversos instrumentos para fazer cumprir a ordem social, econômica, tributária, empresarial, trabalhista, assim como de tantas outras, estas de cunho punitivo-corretivo patrimonial.

Há que se falar inclusive na forma de caráter penal, e esta, como a última forma, ou, último meio que o Estado se utiliza da sua prerrogativa interventivo punitiva, buscando cessar determinada conduta ofensiva, é a de trato mais delicado, por ser de um mecanismo extremo, podendo impelir sanções gravosas como medidas restritivas, detenção e prisão.

O primeiro capítulo deste artigo trata da origem e conceituação do Princípio da Intervenção Mínima. Já o segundo capítulo, foram trabalhados os subprincípios da Subsidiariedade e da Fragmentariedade, corolários da Intervenção Mínima.

No terceiro capítulo analisa-se a aplicação do Princípio da Intervenção Mínima na atualidade, bem como é feita uma análise jurisprudencial na aplicação deste princípio pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à metodologia, o tipo de pesquisa utilizado foi a teórico-bibliográfica, desenvolvida através de doutrinas e artigos científicos publicados em revistas impressas ou eletrônicas. Utilizou-se também a pesquisa documental, desenvolvida através de jurisprudências e legislação penal comentada.

1 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O legislador, por meio de um critério político, estabelece normas que visam a proteção de direitos coletivos e individuais, e coerção em determinadas condutas, estas que podem variar de acordo com os momentos vividos pela sociedade no decorrer de sua vigência. (GRECO, 2020)

Tal princípio recomenda moderação ao eleger condutas dignas de proteção penal, havendo abstenção de incriminação de qualquer

conduta ou comportamento que não se abarque dentro das condições primordialmente constitucionais e relevantes.

Já no que concerne ao operador do direito, este, utiliza-se deste princípio para amparar e buscar abrandar o poder corretivo punitivo estatal, e viabilizar outros meios de resolução que possam ser alternativos a sanção punitiva.

1.1 ORIGEM

Analisando-se o Princípio da Intervenção Mínima, percebe-se que decorre de um princípio anterior e fundamental para sua existência, denominado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Dênis Fernandes (2021) explica que o Princípio da Intervenção Mínima tem sua origem no movimento social revolucionário de caráter burguês contra o sistema dominante na época, o absolutismo. A ideia era a de que a atuação criminal era legítima quando fosse o único meio crucial para a tutela de um determinado bem jurídico.

Para André Estefam, Victor Gonçalves (2020), Cleber Masson (2017) e Fernando Capez (2020), no âmbito jurídico, a intervenção mínima surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que previa em seu artigo 8º que a intervenção estatal no campo individual somente ocorreria quando fosse estritamente necessário.

Já Ricardo Andreucci (2013) alega que o Princípio da Intervenção Mínima surgiu do choque entre o movimento da Lei e Ordem e o movimento do Abolicionismo.

A intervenção mínima do estado tem como destinatários o legislador e o aplicador do direito, trazendo um entendimento acolhedor que estabelece uma necessária análise e limitação quando o estado é compelido a agir penalmente sobre determinada conduta.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma maior proteção ao direito do indivíduo, ao direito de certas classes, e maior burocracia ou meios de inspeção de dispositivos legislativos, principalmente na área penal.

Segundo Capez (2020), o Direito Penal brasileiro somente pode ser concebido à luz do perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito, devendo ser um direito penal democrático.

Assim, percebe-se todo um trajeto histórico humanitário percorrido até os dias atuais, em que se busca o amparo e proteção dos direitos humanos como pilar fundamental, havendo sempre, como forma de abrandar possíveis medidas estatais a serem impostas, princípios normativos que limitam e atenuam tais medidas, sendo comum o uso da expressão *ultima ratio*[9], para que o poder restritivo estatal seja a última opção a ser utilizada para resolver determinadas condutas sociais.

1.2 CONCEITUAÇÃO

O Princípio da Intervenção Mínima é um princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro e limita a atuação do Estado, detentor do *jus puniendi*. O Direito Penal deve interferir o mínimo possível na vida da sociedade, devendo ser utilizado como última opção para manter a ordem e o controle social.

Este princípio inibe a criação de normas penais impróprias e exageradas. (FERNANDES, 2021)

E limita a atuação punitiva do Estado ao demonstrar que o Direito Penal só atua, quando outros ramos do direito são incapazes de proteger de forma eficaz um bem jurídico. Os bens protegidos pelo Direito Penal são os principais bens jurídicos essenciais ao convívio social.

---

9 *Ultima ratio* significa última razão, última opção.

1.3 CORRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Conhecido como Princípio da Ofensividade ou Princípio da Lesividade, este também é corolário do Princípio da Intervenção Mínima.

Nas palavras de Nucci (2020, p. 107), "demonstra ser indispensável a criação de tipos penais incriminadores, cujo objetivo seja eficiente e realístico, visando à punição de condutas autenticamente lesivas aos bens jurídicos tutelados."

Ensina Greco que:

> Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pelo poder do legislador (GRECO, 2020, p. 101).

Não há que se falar em infração ou crime quando a conduta não tiver oferecido perigo de dano ou qualquer tipo de lesão a bem jurídico, ou seja, *Nullum crimen sine iniuria*, significando que não haverá crime se não houver lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

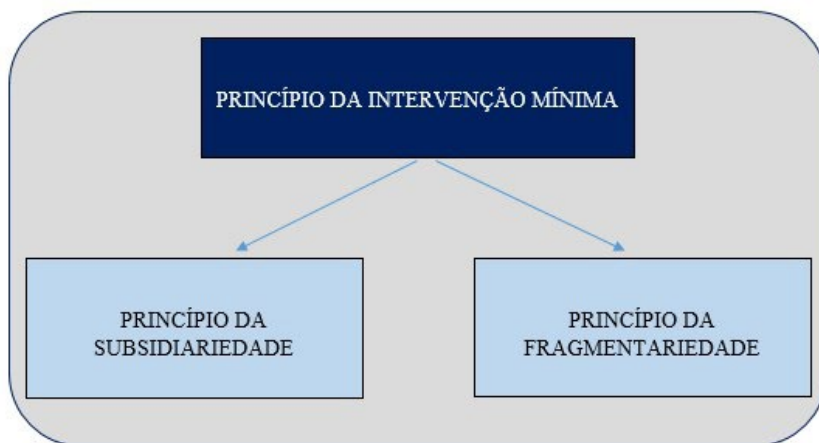
Conforme Rogério Greco (2020), o Direito Penal somente intervém quando o bem jurídico protegido for exposto a um dano significante.

Neste aspecto, o princípio da lesividade, conforme Palazzo (1989, p. 80), "...enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, '*in abcstrato*', como fatores indiferentes e preexistentes a norma".

Assim, correlaciona-se o princípio da lesividade com o princípio da intervenção mínima no aspecto da aplicação da norma ao caso concreto, destituindo ou afastando a aplicação da pena ou qualquer meio punitivo, quando tal conduta, se trata de questão moral ou de conveniência, não trazendo risco efetivamente a um bem jurídico específico tutelado (PALAZZO, 1989).

2. SUBPRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Extrai-se ainda do princípio da intervenção mínima, outros dois princípios, ou subprincípios, chamados de Princípio da Subsidiariedade e Princípio da Fragmentariedade.

Figura 1 – Princípio da Intervenção Mínima

2.1 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A subsidiariedade é corolário da intervenção mínima, é o seu reflexo imediato. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020)

Segundo Rogério Greco (2020), ao selecionar os bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal, o legislador ressalta o

caráter subsidiário da intervenção mínima. E tal seleção pode variar conforme o momento histórico que a sociedade vive.

Entende Luiz Regis Prado (2013) que o uso excessivo do Direito Penal e suas sanções implica em uma função negativa do próprio sistema penal.

O Direito Penal, como já dito, é a *ultima ratio*, ou seja, a última razão, última via. Isso significa que se deve entender que o Direito Penal será utilizado em último caso, buscando primeiramente, outros ramos do direito que sejam suficientes para dar proteção a determinados bens jurídicos.

Nas palavras de Bitencourt,

> Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.
> Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social (BITENCOURT, 2020, p. 126).

Busca-se a proteção penal quando outros ramos do direito falharem ou não forem suficientes e eficazes para proteger determinado bem jurídico que apresente lesão ou exposição a perigo com certa gravidade (TOLEDO, 2012).

Nessa mesma linha de raciocínio, André Estefam e Victor Gonçalves explicam que:

> Os vários ramos jurídicos dão respostas satisfatórias a diversos conflitos cotidianos, sem a necessidade de intervenção do Direito Penal.

> O Direito Penal deve ser a última fronteira no controle social, uma vez que seus métodos são os que atingem de maneira mais intensa a liberdade individual. O Estado, portanto, sempre que dispuser de meios menos lesivos para assegurar o convívio e a paz social, deve deles se utilizar, evitando o emprego da pena criminal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 190).

Percebe-se, então, que a penalização somente é aplicada quando estritamente necessária para proteção da coletividade, existindo a necessidade da privação de liberdade ou restrição de direitos de alguém.

Se for possível e suficiente empregar medidas civis ou administrativa para restabelecer a ordem jurídica, isto deve ser feito. Deste modo, o Direito Penal assume aspecto subsidiário (BITENCOURT, 2020).

É este princípio o responsável pela ocorrência da descriminalização de condutas, pois o legislador, diante da evolução da sociedade, deixa de dar importância a certos bens que outrora eram considerados de maior relevância. Mas há que se ter cautela, pois a aplicação desse princípio não pode ser banalizada. Não é em qualquer situação criminosa que se aplica o princípio, deixando de responsabilizar o autor do crime, justificando a prática de pequenos ilícitos que atentem contra a ordem social (GRECO, 2020).

Curiosamente, Nucci relata uma situação em que a multa administrativa é considerada mais gravosa que a sanção penal:

> (..) determinadas infrações administrativas de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e do ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da carteira de habilitação – tudo isso, sem o devido processo legal – do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor.

> Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados (NUCCI, 2020, p. 105-106).

Deve-se evitar a criação de normais penais incriminadoras que não terão aplicabilidade ou que possam ofender a dignidade humana. A privação da liberdade somente deve ser imposta quando necessária à proteção de bens essenciais ao ser humano (LUISI, 2003).

Torna-se necessária a atuação do Estado, de forma mais específica do Poder Legislativo, através da criação de uma norma penal incriminadora e sua respectiva sanção, uma vez que outros ramos do Direito não se encontram aptos a solucionar determinados conflitos que podem surgir na sociedade (NUCCI, 2020).

2.2 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

A fragmentariedade também é corolário da intervenção mínima. O ordenamento jurídico visa tutelar uma infinidade de bens jurídicos, interesses particulares e interesses coletivos.

A fragmentariedade nada mais é que uma consequência da adoção do Princípio da Intervenção Mínima, e neste sentido, serve para orientar o legislador na criação dos tipos penais incriminadores.

Ao ordenamento jurídico penal cabe a menor parcela no que tange à proteção desses bens. Os outros bens são protegidos por outros ramos do Direito como, por exemplo, o Direito Administrativo e o Direito Civil (GRECO, 2020).

Segundo o Princípio da Fragmentariedade, o Direito Penal tutela os bens jurídicos, de grande importância e relevância social, protegendo, assim, apenas um fragmento dos bens jurídicos (FLORENZANO, 2018).

Nas palavras de Favoretto (2012, p. 139), "o Direito Penal é o ramo adequado para tutelar apenas um fragmento dos bens jurídicos, isto é, aqueles que demonstrarem maior relevância e impossibilidade de tutela por outros ramos do Direito".

O Direito Penal protege os bens jurídicos mais importantes, de maior relevância, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a honra, a liberdade e o patrimônio. (PRADO, 2013)

O Direito Penal é um instrumento com o fim de ora, controlar determinadas condutas sociais, ora proteger determinadas garantias, e principalmente proteger determinados bens jurídicos.

Para Masson (2017, p. 9), "o Direito Penal tem como função a proteção de bens jurídicos, isto é, valores ou interesses reconhecidos pelo Direito e imprescindíveis à satisfação do indivíduo ou da sociedade".

Certas condutas, que podem ser levadas a apreciação dos aplicadores do Direito Penal, podem ter meios e formas diversas para que tais apreciações e aplicações sejam cumpridas, estas sendo exercidas pelos operadores do direito, estes, diversos daqueles.

Assim, tais operadores, com o condão e dever de fazer cumprir o direito, a lei, também devem ser regidos pelos princípios, estes que norteiam tais dispositivos legais, nesta perspectiva, percebe-se que o operador do direito penal deve analisar se há a real necessidade da aplicação do Direito Penal em cada circunstância, e neste aspecto, o princípio da intervenção mínima se destaca.

Segundo Nucci (2020, p. 107), é possível falar em fragmentariedade de primeiro e de segundo grau. "A primeira refere-se à forma consumada do delito, ou seja, quando o bem jurídico precisa ser protegido na sua integralidade. A segunda cinge-se à tentativa, pois se protege o risco de perda ou de lesão, bem como a lesão parcial do bem jurídico".

Em suma, cabe ao Direito Penal proteger, tutelar uma parte dos bens jurídicos.

3. APLICABILIDADE

Em 2005, através da aplicação desse princípio, a Lei 11.106 aboliu algumas condutas tidas como criminosas do ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a prática de adultério. O cônjuge traído poderá buscar uma ação de indenização, se for o caso, perante o juízo cível e fica com o Direito de Família a dissolução da sociedade conjugal (GRECO, 2020).

Neste caso não é necessária (e nem deve ser) a atuação do Direito Penal em uma situação que é extremamente pessoal, íntima da vida de um casal.

Quando ocorre a *abolitio criminis*[10], é o que também se denomina "fragmentariedade às avessas".

3.1 CONTRAVENÇÕES PENAIS

As contravenções penais estão previstas no Decreto-Lei 3.668/1941, também conhecido como "Lei das Contravenções Penais". São também chamadas de "crime anão" ou "delito anão", por ser infrações penais mais brandas.

Este diploma legal prevê condutas que poderiam ser tratadas por outro ramo do Direito, como, por exemplo, a vadiagem (art. 59, LCP) e a embriaguez (art. 62, LCP)

> Art. 40. Provocar tumulto ou portar-se de modo inconveniente ou desrespeitoso, em solenidade ou ato oficial, em assembleia ou espetáculo público, se o fato não constitui infração penal mais grave;
> Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.
> Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheio:

10 Abolição de uma conduta até então considerada como criminosa.

> I – com gritaria ou algazarra;
> II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;
> III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;
> IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:
> Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.
> Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:
> Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.
> Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.
> Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:
> Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.
> Parágrafo único. Se habitual a embriaguez, o contraventor é internado em casa de custódia e tratamento.
> (BRASIL, 1941)

Muitas contravenções penais não deveriam estar inseridas em normas incriminadoras. Na verdade, outros ramos do Direito são capazes de tutelar os bens protegidos por essas contravenções penais, não sendo necessário a previsão da privação da liberdade do autor do fato criminoso.

Na prática, o que muitas vezes ocorre é a aplicação do Princípio da Insignificância ou da Adequação Social, afastando a tipicidade material da conduta.

3.2 CRIMES

O crime descrito no artigo 234, CP - Escrito ou Objeto Obsceno – gera indignações em relação à abrangência das condutas descritas como crime.

> Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.
> Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem:
> I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;
> II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;
> III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno. (BRASIL, 1940)

Esse artigo precisa, urgentemente, ser revogado.

Atualmente, existe a proliferação da "indústria do sexo." Produtos e objetos mencionados neste artigo são encontrados com facilidade em bancas, livrarias e lojas de *sex shop*, por exemplo. Na maioria das vezes, não há efetiva vontade do Estado em punir agentes pela prática deste crime. Mas havendo a existência de procedimento criminal, deve-se aplicar o Princípio da Adequação Social (GRECO, 2017).

Argumenta Francisco Toledo (2012) que o casamento não tem mais o caráter de vínculo jurídico indissolúvel como era outrora, em razão da institucionalização do divórcio. É por isso que não havia mais razão para existir a tipificação do crime de adultério (art. 240, CP), por mais que cometer adultério seja condenável do ponto de vista moral.

Indaga-se, então, a tipificação do crime de Bigamia, previsto no artigo 235 do Código Penal.

> Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
> Pena - reclusão, de dois a seis anos.
> § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.
> § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime. (BRASIL, 1940)

A proteção do casamento, por exemplo, será que o Direito civil e o Direito Administrativo não são suficientes para exercer tal função? É mesmo necessário a intervenção estatal através do Direito Penal para criminalizar a conduta descrita no artigo 235 do Código Penal?

3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

É notório que nos julgamentos o Princípio da Intervenção Mínima vem acompanhado da análise do Princípio da Insignificância.

Em 2008, o STF deferiu a ordem de *habeas corpus* contra o STJ (órgão coator), no caso de uma tentativa de furto de roupas que foram avaliadas em R$ 65,00, aplicando o Princípio da Insignificância, bem como o Princípio da Intervenção Mínima, mostrando que o Direito Penal não deve "utilizado" em casos com esse tipo de lesão.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. OCULTA COMPENSATIO. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística. 2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo

> à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a oculta compensatio. A conduta do paciente não excede esse modelo. 3. A tentativa de furto de roupas avaliadas em míseros R$ 65,00 (sessenta e cinco reais) não pode, nem deve - se considerados os vetores que identificam o princípio da insignificância - merecer a tutela do direito penal. Este, mercê do **princípio da intervenção mínima do Estado em matéria penal,** há de ocupar-se de lesões significativas a bens jurídicos sob sua proteção. Ordem deferida. (STF, HC 94416/RS, 2008, grifo nosso)

O STJ, em 2017 e 2022, decidiu à luz do Princípio da Intervenção Mínima, que a extração do óleo da *cannabis sativa,* em cultivo artesanal, devidamente acompanhado de prescrição médica, não atenta contra a saúde pública, por não se destinar à produção de substância entorpecente.

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*
> 1. Hipótese em que o Agravante busca a permissão para importar sementes, transportar e plantar Cannabis para fins medicinais, sob a afirmação de ser indispensável para o controle de sua enfermidade.
> 2. Considerando que o art. 2.º, parágrafo único, **da** Lei 11.343/06, expressamente autoriza o plantio, a cultura e a colheita de vegetais dos quais possam ser extraídas substâncias psicotrópicas, exclusivamente para fins medicinais, bem como que a omissão estatal em regulamentar tal cultivo tem deixado pacientes sob o risco de rigorosa reprimenda penal, não há como deixar de reconhecer a adequação procedimental do salvo-conduto.
> 3. À luz dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, não cabe ao Direito Penal reprimir condutas

sem a rigorosa adequação típico-normativa, o que não há em tais casos, já que o cultivo em questão não se destina à produção de substância entorpecente. Notadamente, o afastamento da intervenção penal configura meramente o reconhecimento de que a extração do óleo da cannabis sativa, mediante cultivo artesanal e lastreado em prescrição médica, não atenta contra o bem jurídico "saúde pública", o que não conflita, de forma alguma, com a possibilidade de fiscalização ou de regulamentação administrativa pelas autoridades sanitárias competentes.
4. Comprovado nos autos que o Impetrante obteve autorização da Anvisa para importação do medicamento canábico (fl. 99), e juntada documentação médica que demonstra a necessidade do uso do óleo extraído da Cannabis para o tratamento do quadro depressivo do Recorrente, há de ser concedida a medida pretendida.
5. Agravo regimental provido para restabelecer a decisão de primeiro grau que concedeu o salvo conduto ao ora Agravante. (STJ, AgRg RHC 153768/MG, 2021).

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SALVO-CONDUTO. CULTIVO ARTESANAL DE CANNABIS SATIVA PARA FINS MEDICINAIS. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. OMISSÃO REGULAMENTAR. DIREITO À SAÚDE.
1. O Direito Penal é conformado pelo princípio da intervenção mínima e seus consectários, a fragmentariedade e a subsidiariedade. Passando pelo legislador e chegando ao aplicador, o Direito Penal, por ser o ramo do direito de mais gravosa sanção pelo descumprimento de suas normas, deve ser ultima ratio. Somente em caso de ineficiência de outros ramos do direito em tutelar

os bens jurídicos é que o legislador deve lançar mão do aparato penal. Não é qualquer lesão a um determinado bem jurídico que deve ser objeto de criminalização, mas apenas as lesões relevantes, gravosas, de impacto para a sociedade.

2. A previsão legal acerca da possibilidade de regulamentação do plantio para fins medicinais, art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, permite concluir tratamento legal díspar acerca do tema: enquanto o uso recreativo estabelece relação de tipicidade com a norma penal incriminadora, o uso medicinal, científico ou mesmo ritualístico-religioso não desafia persecução penal dentro dos limites regulamentares.

3. A omissão legislativa em não regulamentar o plantio para fins medicinais não representa "mera opção do Poder Legislativo" (ou órgão estatal competente) em não regulamentar a matéria, que passa ao largo de consequências jurídicas. O Estado possui o dever de observar as prescrições constitucionais e legais, sendo exigível atuações concretas na sociedade.

4. O cultivo de planta psicotrópica para extração de princípio ativo é conduta típica apenas se desconsiderada a motivação e a finalidade. A norma penal incriminadora mira o uso recreativo, a destinação para terceiros e o lucro, visto que, nesse caso, coloca-se em risco a saúde pública. A relação de tipicidade não vai encontrar guarida na conduta de cultivar planta psicotrópica para extração de canabidiol para uso próprio, visto que a finalidade, aqui, é a realização do direito à saúde, conforme prescrito pela medicina.

5. Vislumbro flagrante ilegalidade na instauração de persecução penal de quem, possuindo prescrição médica devidamente circunstanciada, autorização de importação da ANVISA e expertise para produção, comprovada por certificado de curso ministrado por associação, cultiva cannabis sativa para extração de canabidiol para uso próprio. (STJ, RHC 147169/SP. 2022).

Mas não se pode deixar de esclarecer que a aplicação do Princípio da Intervenção Mínima não é aceita em casos que envolvam a violência doméstica.

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE AMEAÇA E CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO PRATICADOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE E EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS - ABSOLVIÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - IMPOSSIBILIDADE - REPROVABILIDADE ACENTUADA DA CONDUTA - DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO RELATIVA À AGRAVANTE - CABIMENTO - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA A ESCOLHA DO QUANTUM APLICADO - ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DO SURSIS DA PENA - VIABILIDADE - REPRIMENDA INFERIOR A SEIS MESES.
> - Considerando que os crimes de violência doméstica e familiar são praticados em geral na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, a palavra da ofendida, desde que firme, coerente e coesa, sem qualquer vício aparente capaz de desacreditá-la, torna-se importantíssimo elemento de convicção, de modo que é suficiente para fundamentar o decreto condenatório.
> - Do conjunto probatório formado nos autos, resta comprovado que o acusado ameaçou e agrediu a vítima sem acarretar lesões. Logo, deve ser mantida sua condenação pela prática do crime previsto no art.147 do CP e da contravenção penal de vias de fato, tipificada no art.21 do Decreto Lei n. 3.688/1941. (...) (TJMG, AP 1.0338.18.001876-8/001, 2022).

Não se aplica o Princípio da Intervenção Mínima em infrações penais (crime ou contravenção) ocorridas no ambiente doméstico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que várias condutas tidas como criminosas pelo ordenamento jurídico brasileiro, deveriam ser tratadas em outros ramos do Direito, como, por exemplo, o Direito Civil e o Direito Administrativo. Somente condutas graves contra bens valiosos podem ser criminalizadas.

Busca-se o Direito Penal quando for rigorosamente necessário para a preservação e defesa dos direitos fundamentais. Então, a política criminal precisa ser muito atuante para trazer a descriminalização de determinadas condutas.

Na elaboração das leis, o legislador deve obedecer ao Princípio da Intervenção Mínima e não elaborar normas penais incriminadoras para defesa de bens que podem ser protegidos por outros ramos do direito, uma vez que nem todos os bens são passíveis de tutela pelo Direito Penal.

Mas o julgador também deve se ater a este princípio, devendo o Poder Judiciário aplicar este princípio em determinadas demandas.

O Direito Penal deve interferir o mínimo possível na vida da sociedade. Deve ser utilizado como última opção para manter a ordem e o controle social. Somente existirá uma norma penal incriminadora se uma conduta realmente precisar ser criminalizada. Caso contrário, o conflito que vier a existir, será resolvido buscando outro ramo do Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - parte geral. 26. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 03 jun 2022

BRASIL. **Lei de Contravenções Penais**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em: 03 jun 2022

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 20. ed. São Paulo, 2016.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado** – parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Dênis Fabrício. O Princípio Da Insignificância no Direito Penal. V. 01, Nº 03, Junho de 2021. **PhD Scientific Review**. Disponível em: <http://www.revistaphd.periodikos.com.br/article/doi/10.53497/phdsr1n3-004>. Acesso em: 03 jun 2022.

FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. O princípio da insignificância no direito penal brasileiro. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – parte especial (artigos 213 a 361). 14. ed. Vol. 3. Niterói/RJ: Ímpetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 22. ed. Niterói/RJ: Ímpetus, 2020.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

MASSON, Cleber. **Direito Penal** – parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial – artigos 121 a 249. 11. ed. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg RHC 153768/MG**. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 15 Jul 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC 147169/SP**. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp Acesso em: 15 Jul 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 94415/RS**. 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87437/false. Acesso em 15 Jul 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **AP 1.0338.18.001876-8/001.** 2022. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1577660389/apelacao-criminal-apr-10338180018768001-itauna/inteiro-teor-1577660639. Acesso em: 15 Jul 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do Direito Penal**. 5. ed. 17ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Camila Vitória Gonçalves[11]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia na seara de inquérito policial. O princípio da insignificância opera com o intuito de restringir a interpretação do tipo penal, a fim de excluir a tipicidade material da conduta. Para o alcance desse objetivo, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico, artigos científicos pertinentes, pesquisas jurisprudenciais e da legislação brasileira. A abordagem metodológica é qualitativa e vale-se da pesquisa de forma descritiva, a fim de analisar a possibilidade da autoridade policial aplicar o aludido princípio em casos concretos que admitem o uso do poder discricionário do Delegado de Polícia. Por fim, verifica-se que o Delegado de Polícia, em extensão a sua função constitucional, tem a incumbência do dever legal de fundamentar o inquérito policial.

Palavras – chave: Princípio da Insignificância. Exclusão de tipicidade. Delegado de Polícia. Aplicabilidade.

INTRODUÇÃO

A aplicação do princípio da insignificância atualmente no Direito Penal é primordial para que haja a aceitação de uma política-criminal mais eficaz, pois tem como intuito que se atinja um papel mínimo na intervenção dos conflitos sociais.

O princípio é amplamente aceito e utilizado pelos tribunais, sendo visto como uma causa excludente da tipicidade, porém, a indagação que vem sendo apontada é se o Delegado de Polícia poderia deixar de

11 Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Pós graduanda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG E-mail: cv9291@gmail.com

instaurar o inquérito policial ou deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante de forma fundamentada com base na insignificância.

Nesse contexto, a problemática deste artigo é analisar se o delegado de polícia é autoridade competente para deixar de instaurar o inquérito policial ou deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante de forma fundamentada com base na insignificância, por ausência da tipicidade material.

O marco teórico utilizado no desenvolvimento do presente trabalho foi baseado no vetor interpretativo do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da insignificância.

Através do objetivo de pesquisa, busca-se entender sobre a atuação do Delegado de Polícia dentro do sistema penal brasileiro, com base em jurisprudências ligadas a aplicação do princípio da insignificância, principais posições doutrinárias e artigos científicos.

No decorrer do primeiro capítulo analisa-se como se dá a classificação conceitual do princípio da insignificância, explorando sua natureza jurídica e sua relação com outros princípios, a fim de deduzir quais são as principais considerações e implicações para aplicação do Princípio da Insignificância no cenário jurídico brasileiro.

Busca-se demonstrar como a insignificância é vista para que ocorra a exclusão da tipicidade material, tendo em vista que, se a conduta realizada vier a lesar de modo ínfimo o bem jurídico protegido, não há que se falar em tipicidade material, pois o comportamento se torna atípico, ou seja, se torna pequenez para o Direito Penal.

No segundo capítulo, far-se-á ponderação sobre como vem sendo abordado o princípio da insignificância pelos Tribunais Superiores, em quais delitos o posicionamento está transcorrendo de forma favorável e em quais estão sendo de forma contrária. Contudo, é possível verificar que a jurisprudência tem ampliado a adoção do referido princípio em âmbitos cada vez mais extensivo, na iminência de realçar sua natureza jurídica como um mecanismo de reforço para uma política criminal digna.

Por fim, no terceiro capítulo, é abordado o importante papel executado pelo Delegado de Polícia, pois sua função está estritamente

ligada a uma forma de atenuar o poder estatal quando o caso concreto for atípico, de modo que, seja reconhecida a atipicidade material do fato por motivo de insignificância para o sistema punitivo criminal, desde que haja uma fundamentação pormenorizada e seja realizado o arquivamento do inquérito policial, não iniciando assim a persecução penal do Estado.

1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A expressão princípio se baseia na ideia de início, sendo visto como um pressuposto decisivo para uma lógica universal. Os princípios podem ser definidos como uma causa essencial, pois através deles é possível interpretar a lei e entender a lógica de um sistema normativo.

Miguel Reale define os princípios:

> Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos de validez de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários. (REALE, 1986, p. 60)

Além dos princípios servirem como inspirações das normas jurídicas também são vistos como fonte subsidiária do direito, tendo uma função supletiva ou integradora, conforme explana Gomes:

> Os princípios, ademais, não só orientam a interpretação de todo o ordenamento jurídico, senão também cumprem o papel de suprir eventual lacuna do sistema (função supletiva ou integradora). No momento da decisão o juiz pode valer-se da

> interpretação extensiva, da aplicação analógica bem como do suplemento dos princípios gerais de direito (CPP, art. 3º). Considerando-se que a lei processual penal admite "interpretação extensiva, aplicação analógica bem como o suplemento dos princípios gerais de direito" (CPP, art. 3º), não havendo regra específica regente do caso torna-se possível solucioná-lo só com a invocação de um princípio. (GOMES, 2005, p. 15)

Deste modo, considerando o entendimento da doutrina de que o direito penal deva atender apenas condutas lesivas a sociedade, oportunizou na criação da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância como fonte subsidiaria do direito em casos em que se tratar de infrações ínfimas.

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O Princípio da Insignificância, também conhecido como Bagatela, encontra relevo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo representado por algo de valor desprezível e com caráter pequenez e sem importância.

Luiz Flávio Gomes conceitua da seguinte forma:

> Conceito de infração bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas

> armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante. (GOMES, 2009)

Pode-se afirmar o objetivo do Princípio da Insignificância é excluir as condutas que apontam um pequeno potencial ofensivo, evitando-se, assim, a desconformidade da aplicação da pena ante um caso irrelevante.

O princípio da insignificância tem uma grande relevância no Direito Penal brasileiro, trazendo destaque no que concerne a sua seara de aplicação, pois a importância do bem jurídico não se restringe somente ao grau de intensidade, mas também a extensão da lesão jurídica produzida.

Apesar de não ter previsão legal expressa, o Supremo Tribunal Federal define o princípio da insignificância como um vetor interpretativo do tipo penal:

> O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves (STF, 2004).

Quanto à sua natureza jurídica, o entendimento doutrinário majoritário é recepcionado como causa supralegal de excludente de tipicidade, ou seja, o fato se torna atípico.

Para que ocorra a sua aplicação, é necessário que o fato cause o mínimo de lesividade ou perigo de lesividade.

2 TIPICIDADE PENAL

Tendo em consideração o critério analítico para a teoria tripartite, que é a dominante, o crime é constituído pelo fato típico, pela ilicitude e pela culpabilidade. O fato típico é visto como o eixo do conceito analítico de crime, abrangendo segundo a Teoria Finalista elementos compostos pela conduta, resultado, nexo causal e tipicidade.

O tipo penal, logo, é caracterizado como um conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal, pois, trata-se de uma construção abstrata do legislador, que descreve de forma legal as ações que são consideradas, em tese, delitivas.

Guilherme Nucci orienta que:

> Para cuidarmos do fato típico, devemos voltar os olhos aos conceitos de tipo penal, tipicidade, conduta, resultado e nexo causal, pois o fato típico é a síntese da conduta ligada ao resultado pelo nexo causal, amoldando-se ao modelo legal incriminador. Em outras palavras, quando ocorre uma ação ou omissão, torna-se viável a produção de resultado juridicamente relevante; constatada a tipicidade (adequação do fato da vida real ao modelo descrito abstratamente em lei), encontramos o primeiro elemento do crime (NUCCI, 2014, p. 155).

É relevante esclarecer que não deve haver confusão entre o tipo com a tipicidade, pois o tipo é o preceito primário que pertence à lei, enquanto a tipicidade é a adequação de um ato praticado pelo agente. Um fato típico é uma ação humana, por isso está previsto na norma penal, agora a tipicidade é a qualidade que se dá a esse fato.

2.1 A TIPICIDADE COMO ELEMENTO DO TIPO PENAL

A tipicidade é o quarto elemento do fato típico, existente em todo e qualquer crime, e modernamente é pacifico que ela é composta por tipicidade formal e material. A Tipicidade Formal é configurada quando se constata a perfeita adequação da conduta praticada pelo agente ao tipo penal previsto em lei.

A conduta humana somente poderá ser vista de forma criminosa quando o ordenamento jurídico (antijuricidade) for atingido, por meio previstos pelos tipos penais (tipicidade) e for capaz de ser atribuída ao seu autor (culpabilidade). Condutas que se moldam a determinado tipo penal, sob o ponto na visão formal, não apresenta nenhuma pertinência material, por não produzirem uma ofensa expressiva ao bem jurídico tutelado (MAÑAS, 1988).

O fato é considerado típico do ponto de vista meramente formal, quando adequado à letra da lei, ou seja, quando ocorre a ligação fato-típico a conduta praticada por alguém ao tipo penal. Se isso suceder, o fato é típico, caso contrário, o fato se revela atípico.

Fala-se, então, em tipicidade formal quando se quer apontar a coincidência ou a perfeita subsunção de um ato realizado pela conduta humana a uma norma jurídica, e, mais especificamente, a um tipo penal. Portanto, o exame e o juízo que se fazem acerca desta correspondência esclarecem a tipicidade apenas do ponto de vista formal. No entanto, referida análise, constitui apenas o ponto de partida para a descoberta do crime (PACELLI, CALLEGARI, 2016).

Deste modo, a tipicidade formal pode ser vista como o enquadramento da conduta praticada pelo agente à definição típica legal.

Já a tipicidade material é analisada quando a conduta típica for lesiva ao bem jurídico tutelado, em razão do teor valorativo do tipo penal. Para que haja tipicidade material é necessário que seja apontado se o fato típico gerou para o bem jurídico tutelado pela norma uma efetiva lesão. Nessas condições, pode-se apartar liminarmente a tipicidade penal, pois de fato o bem jurídico não veio a ser lesado.

O princípio da insignificância afasta a tipicidade penal no seu aspecto material, ou seja, apesar de haver a adequação do fato praticado pelo agente à descrição prevista na norma penal (tipicidade formal), tal fato não é típico por não gerar real lesão ao bem jurídico tutelado, apartando, assim, a caracterização do crime.

Bitencourt (2012) explana que para que ocorra o fato típico não basta à adequação típica legal, tampouco a tipicidade subjetiva, pois deve ainda ser explorada a tipicidade material, de forma consistente na valoração da conduta e do resultado.

Dessa forma, se reconhecida a insignificância, ainda que a conduta seja formalmente típica, fica afastada a tipicidade material e, consequentemente, o crime deixará de existir.

2.2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO EXCLUDENTE DA TIPICIDADE

O princípio da insignificância ou bagatela é apontado como causa supralegal de exclusão de tipicidade, pois o referido princípio não tem previsão legal no direito brasileiro, sendo uma criação doutrinária e jurisprudencial.

Ele é visto como excludente de tipicidade, pois os crimes de bagatela considerados ínfimos são incapazes de provocar lesões ou perigo de lesão efetiva. O princípio da insignificância deve ser utilizado de forma que venha a ser observada a sua função teleológica do bem jurídico tutelado, orientando o aplicador do Direito no empenho da obtenção pela defesa dos bens jurídicos.

Seguindo esse raciocínio, Diomar Ackel Filho descreve:

> O princípio da insignificância se ajusta à equidade e à concreta interpretação do direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em sociedade, liberando-se o agente cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por

> esta, exige-se uma hermenêutica mais condizente do direito, que não pode ater-se a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças (ACKEL FILHO, 1998, p.73/74).

Apesar de não estar de forma expressa na norma jurídica positivada, pois é fruto de construção dogmática, fica claro que o princípio da insignificância, de modo implícito, faz parte do ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A insignificância penal está ligada a legalidade penal, de forma que traga garantia da liberdade individual dentro do Estado Democrático de Direito se tornando um instrumento de calibração e em constante evolução. Então, tanto no Supremo Tribunal Federal (STF) quanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o princípio é amplamente aceito.

Para Bottini o princípio foi mencionado pelo STF pela primeira vez em 1988:

> A primeira menção ao princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal disponível na jurisprudência digitalizada é feita em 1988, no Recurso em Habeas Corpus 66.869/PR, onde o Relator Min. Aldir Passarinho afasta a tipicidade de lesões corporais em acidente de trânsito pela pequena afetação do bem jurídico. Em que pese à adoção com reservas do princípio no campo dos acidentes de trânsito, o Tribunal tardou em aceitar sua extensão para outros tipos de delitos (BOTTINI, 2012, p. 534).

Já no ano de 2002, o STF reconheceu a existência de uma complexidade para adoção da visão de atipicidade diante da falta de previsão legal.

> DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME MILITAR DE POSSE E USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU CRIME DE BAGATELA. "HABEAS CORPUS".
> 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abona a tese sustentada na impetração (princípio da insignificância ou crime de bagatela). Precedentes.
> 2. E não é desprezível a circunstância de o militar ter sido preso em flagrante, quando fumava cigarro de maconha em área sujeita a administração militar.
> 3. H.C. indeferido (STF, 2002).

Em 2004, o Ministro Celso de Mello criou os critérios para a aplicação do princípio da insignificância, conhecidos como os vetores da insignificância que são os requisitos objetivos para a sua aplicação:

> Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como
> (a) a mínima ofensividade da conduta do agente (mínima idoneidade da conduta),
> (b) a nenhuma periculosidade social da ação,
> (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e
> (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no conhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal (STF, 2004).

Referindo-se a mínima ofensividade da conduta do agente, esta é analisada em relação ao bem jurídico tutelado, pois este requisito não trata do dano sofrido pela vítima e sim do grau de ofensividade da conduta cometida pelo agente.

O vetor baseado na ausência de periculosidade social da ação, parte da premissa de que a sociedade não pode sofrer nenhum risco, devendo ser averiguado a ausência de periculosidade social da ação, de forma que analise a conduta do agente e sua eventual descriminalização na sociedade.

O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento demonstra a necessidade do juízo da culpabilidade do agente para certificar-se da probabilidade da aplicação do princípio da insignificância, de forma que seja analisada a necessidade de ditar uma pena em razão da conduta.

Já a inexpressividade da lesão jurídica provocada versa sobre a lesividade da conduta. Para que ocorra o seu reconhecimento, a lesão deve ofender ao interesse jurídico tutelado de forma ínfima, levando-se em conta o objeto que acaba por sofrer com a conduta delituosa praticada.

Outrossim, a 5° turma do Superior Tribunal de Justiça construiu a tese de que, para que haja a aplicação do princípio da insignificância, além de ser obrigatório o cumprimento dos requisitos objetivos, deve estar presente também o requisito subjetivo, que o réu não poderá ser considerado um criminoso habitual (STJ, 2012).

Salienta-se que, para que seja sucedida a aplicação do referido princípio juntamente com os requisitos supracitados, deve-se analisar também o valor patrimonial do bem, mas, de forma conjunta, o valor sentimental do mesmo, as condições pessoais do agente, a condição econômica da vítima, as circunstâncias e as consequências do delito.

2.3.1 PRINCIPAIS CASOS DE RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Como exposto anteriormente o princípio da insignificância é executado pelos tribunais de forma pacífica e aludido por toda a doutrina que expõe sua importância na evolução do direito.

As lesões ínfimas nos crimes que preservam o bem jurídico patrimônio em algumas situações, não fundamentam a persecução penal, tendo em vista que o Direito Penal só deve ser funcional para coibir condutas que não provoquem lesões significativas havendo a intervenção mínima do Estado.

No crime de Descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal, a jurisprudência, de forma pacífica, entende pela aplicação do princípio da insignificância, tendo como fundamento o valor sonegado do tributo que não pode ser superior a vinte mil reais.

> 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.
> 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda (STJ, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça optou por seguir o limite considerado mais amplo, que são de vinte mil reais, tendo em vista que as portarias 75/2012 e 130/2012 que adotam sobre o tema são normas mais benéficas aos réus.

Do mesmo modo, no crime de furto simples, para que seja reconhecida a insignificância, a lesão jurídica ocasionada não pode ter o valor do bem subtraído a mais de dez por cento do salário mínimo vigente à época dos fatos e as características do fato não pode haver uma maior gravidade da conduta.

Contudo, costuma-se analisar não somente a inexpressividade do valor do objeto, mas também as circunstâncias do fato, bem como o reflexo da conduta do agente no âmbito da sociedade, e só após o estudo do caso e que deve haver uma decisão sobre o efetivo enquadramento da hipótese do crime de bagatela.

E nesse sentido, ao julgar casos assemelhados, a Segunda Turma da Suprema Corte em se tratando de furto teve o seguinte entendimento:

> PENAL. 'HABEAS CORPUS'. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TENTATIVA DE FURTO DE UM APARELHO CELULAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.
> I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.
> II – 'In casu', tenho por preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento do crime de bagatela. Embora o valor do objeto material da infração não possa ser considerado inexpressivo, pois o aparelho celular foi avaliado em R$ 200,00, deve-se destacar que se trata de tentativa de furto e que o bem foi

> encontrado pelos policiais e restituído ao seu proprietário, que não experimentou nenhum prejuízo relevante, tampouco a sociedade.
> III – Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta (STF, 2013).

No mesmo sentido a Ministra Carmen Lúcia decidiu:

> (...) 1. Tipicidade penal: interpretação e adequação do fato concreto à norma abstrata e elementos concretos do caso. Além da correspondência formal, a tipicidade demanda análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, para se verificar a ocorrência de lesão penalmente relevante do bem jurídico tutelado.
> 2. Furto de onze barras de chocolate. Bem de valor ínfimo e restituído. Inexistência de dano ao estabelecimento comercial.
> 3. Ordem concedida para o trancamento da ação penal (STF, 2014).

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu o princípio da insignificância a uma conduta referente ao furto qualificado pelo concurso de agentes, na qual foram furtados produtos alimentícios avaliados em R$62,29 (sessenta e dois reais e vinte nove centavos):

> (...) 2. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

> 3. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é contumaz na prática de crimes não faz jus a benesses jurídicas.
> 4. Na espécie, a conduta é referente a um furto qualificado pelo concurso de agentes de produtos alimentícios avaliados em R$ 62,29.
> 5. Assim, muito embora a presença da qualificadora possa, à primeira vista, impedir o reconhecimento da atipicidade material da conduta, a análise conjunta das circunstâncias demonstra a ausência de lesividade do fato imputado, recomendando a aplicação do princípio da insignificância. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal movida em desfavor das pacientes (STJ, 2020).

No caso acima relatado, o voto foi vencido por unanimidade, na qual foi determinado o trancamento da ação penal contra duas mulheres. Para o colegiado, o furto qualificado pelo concurso de agentes não impossibilita de forma automática a aplicação do princípio da insignificância

3 A FUNÇÃO E O DEVER DO DELEGADO DE POLÍCIA

O inquérito é um procedimento administrativo que se configura na soma de todas as atividades realizadas pela polícia judiciária, conduzida pelo Delegado de polícia, com o fim de colher informações de indícios de autoria e prova de materialidade de uma infração, para subsidiar a justa causa de modo que o titular da ação penal possa ajuizar uma ação penal, sendo ela pública ou privada.

Conforme destacado por Renato Brasileiro de Lima:

> Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função:
> a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado;
> b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar maios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo (LIMA, 2019, p. 487).

Para que haja a instauração de um inquérito policial, não existe a necessidade de uma autorização judicial, tendo em vista que o art. 2°, parágrafo primeiro da Lei 12.830/13 demonstra que o Delegado de Polícia é a autoridade policial que tem o dever de conduzir às investigações através do inquérito ou de alguma outra função que seja destinada a polícia (BRASIL, 2013).

Por ser o inquérito um procedimento discricionário, o Delegado comanda o inquérito segundo o seu livre convencimento jurídico, juntamente com o princípio da moralidade e da impessoalidade. Para que ocorra uma análise do inquérito policial, deve-se primeiramente compreender suas características, a fim de tornar mais evidente o seu funcionamento.

O inquérito policial é configurado como um ato pré-processual, tendo a sua natureza jurídica regida pelo procedimento administrativo. Não obstante, mesmo sendo de caráter administrativo, pode-se extrair do art. 9º do Código de Processo Penal que todas as peças

do inquérito serão reduzidas a escrito ou datilografadas, atribuindo assim transparência às atividades exercidas durante o percurso da investigação criminal (BRASIL, 1941).

Assim, o Código de Processo Penal confere a competência da elaboração e fiscalização do inquérito policial ao Delegado de Polícia, tendo em vista que somente o delegado poderá atuar de ofício e será capaz de proceder com as diligências de forma imperativa para que haja a apuração de um delito, de modo que não deverá ser transferida a um particular por força de disposição constitucional contida no art. 144, § 4°da CF/88, transmitindo um caráter oficial e sigiloso ao procedimento (BRASIL, 1988).

Sabe-se que após a instauração do inquérito, este não poderá ser arquivado pela a autoridade policial. O inquérito policial foi criado para garantir que o imputado não seja subjugado a um processo sem base e fundamento, reforçando o que está na Constituição em seu art. 5°, tornando-se um instrumento de suma importância para um Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário, a Polícia Judiciária e o Ministério Público, são responsáveis por garantir a segurança pública, de forma que, cada um exerça a sua função estabelecida constitucionalmente. Não existe hierarquia entre os poderes, porém, todos tem em comum o dever de garantir a aplicação da legislação de forma correta, buscando por um Estado Democrático.

3.1 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Está cada vez mais recorrente a discussão a respeito de haver ou não a possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia na fase em que acontece a instauração do Inquérito Policial.

Conforme os ensinamentos de Castro (2016), o inquérito policial apresenta um constrangimento imensurável ao investigado, pois o

procedimento de instauração é um momento causador de aflição, sendo um fato que poderá ocorrer constrangimentos extraprocessuais aos investigados, fazendo com que haja repercussões negativas na sociedade, podendo afetar os direitos fundamentais do indivíduo, como a intimidade, a imagem e a honra.

Em razão disso, está cada vez mais crescente o número de delegados que perante a averiguação de que o fato objeto da investigação atribui a uma conduta insignificante, opta por não realizar a instauração do inquérito policial, de forma justificada com base na necessidade de impedir o encarceramento insignificante e em busca da celeridade e economia processual.

Todavia, há divergências doutrinárias quanto à possibilidade de o delegado de polícia aplicar o princípio da insignificância.

O Superior Tribunal de Justiça defende que à aplicação do princípio da insignificância deve ser realizado pela a autoridade judiciária, conforme descreve o informativo 441:

> A Turma concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus a paciente condenado pelos delitos de furto e de resistência, reconhecendo a aplicabilidade do princípio da insignificância somente em relação à conduta enquadrada no art. 155, caput, do CP (subtração de dois sacos de cimento de 50 kg, avaliados em R$ 45). Asseverou-se, no entanto, ser impossível acolher o argumento de que a referida declaração de atipicidade teria o condão de descaracterizar a legalidade da ordem de prisão em flagrante, ato a cuja execução o apenado se opôs de forma violenta. Segundo o Min. Relator, no momento em que toma conhecimento de um delito, surge para a autoridade policial o dever legal de agir e efetuar o ato prisional. O juízo acerca da incidência do princípio da insignificância é realizado apenas em momento posterior (...) (STJ, Informativo de jurisprudência n. 441, 2010).

Aderindo a mesma linha do Superior Tribunal de Justiça, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar discorrem que:

> Restaria ainda a provocação acerca da possibilidade ou não da autoridade policial invocar o princípio da insignificância para deixar de instaurar o inquérito policial A posição francamente majoritária tem se inclinado pela impossibilidade do delegado de polícia invocar o princípio da insignificância para deixar de atuar, pois estaria movido pelo princípio da obrigatoriedade.
> A análise crítica quanto à insignificância da conduta (tipicidade material) caberia ao titular da ação penal, que na hipótese, com base no inquérito elaborado, teria maiores elementos para promover o arquivamento, já que a insignificância demonstrada é fator que leva à atipicidade da conduta.
> Assim, deve o delegado instaurar o inquérito policial, concluí-lo e encaminhá-lo ao juízo, evitando, contudo, o indiciamento. A manifestação acerca da insignificância deve ficar com o titular da ação penal. Nada impede, porém, que instaurado o inquérito policial, possa o suposto autor da conduta insignificante, diante do constrangimento ilegal, impetrar habeas corpus para trancar o procedimento investigatório iniciado (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 164).

O procedimento investigatório previsto no Código de Processo Penal é de competência do Estado e cabe ao Delegado de Polícia exercer o seu papel, o que demanda da autoridade uma análise técnica jurídica do caso concreto, observando as circunstâncias e indicando a autoria e materialidade. Diante disso, sua atuação jurídica o capacita para indicar a incidência ou não do princípio da insignificância.

Cleber Masson diz:

> (...) o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial. Não se pode conceber, exemplificativamente, a obrigatoriedade da prisão em flagrante no tocante â conduta de subtrair um único pãozinho, avaliado em poucos centavos, do balcão de uma padaria, sob pena de banalização do Direito Penal e do esquecimento de outros relevantes princípios, tais como o da intervenção mínima, da subsidiaríedade, da proporcionalidade e da lesividade. Para nós, o mais correto é agir com prudência no caso concreto, acolhendo o princípio da insignificância quando a situação fática efetivamente comportar sua incidência (MASSON, 2017, p 48).

Compactua deste mesmo raciocínio o professor Aury Lopes Jr (2014) ao defender que cabe a aplicação de tal princípio pelo delegado de polícia ao verificar a atipicidade material da conduta, tendo em vista que a autoridade policial é a responsável pela investigação de forma preliminar para evitar investigações e acusações infundadas.

Em conformidade com Aury Jr, Avena entende que o delegado de polícia possui independência operacional e convicção técnica para decidir sobre os casos que são direcionados à Delegacia de Polícia:

> Perceba-se que, em decorrência dessa natureza jurídica das funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, restou afastada a ideia de que a autoridade policial verifica apenas a tipicidade formal dos fatos investigados (adequação do conduta à norma incriminadora), podendo, então, adentrar em aspectos relacionados à tipicidade material, afastando-a, por exemplo, a partir do princípio da insignificância e do princípio da adequação social. Mais: sendo a atividade do delegado jurídica, pode ele, inclusive, deixar de indiciar o investigado se constatar excludentes de ilicitude, de tipicidade ou

> culpabilidade (salvo a inimputabilidade), conclusão esta que não subsistia nos tempos anteriores à Lei 12.830/2013, quando se afirmava que, ao delegado, incumbia, tão somente, examinar questões relativas à autoria, à materialidade e à tipicidade formal da conduta (AVENA, 2018, p. 210).

Nessa mesma perspectiva, Cleber Masson (2017) disserta que se um fato é atípico para a autoridade judiciária, logo, não despertará algo ao contrário para a autoridade policial, tendo em vista que a atipicidade do fato se faz presente desde o início, o que permite ao delegado de polícia identificá-la, considerando que a autoridade policial possui conhecimento direto e imediato da realidade social.

Em semelhança, Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr expõem:

> Não só os delegados podem como devem analisar os casos de acordo com o princípio da insignificância. Merecem aplauso e incentivo os delegados que agem dessa forma, pois estão cientes do papel que lhes cabe na investigação preliminar, atuando como filtros de contenção da irracionalidade potencial do sistema penal. Não interessa reafirmar qualquer lugar de autoridade: interessa é obstaculizar a irracionalidade e para isso, os delegados devem ser a primeira barreira (KHALED JR; ROSA, 2014).

Nestas condições, cabe ao Delegado, enquanto primeiro intérprete do direito, assegurar o cumprimento das leis e da Constituição Federal, de maneira que venha a garantir a proteção aos direitos fundamentais por parte do Estado, a fim de impedir a exposição em uma prisão ou o surgimento de um procedimento, sem carecer do juízo democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi abordado no presente trabalho, com fundamentos baseados nos princípios da legalidade, da intervenção mínima e do princípio da lesividade, como também amparado nos direitos fundamentais visíveis na Constituição Federal Brasileira de 1988 e no Código Penal.

É possível entender que estes princípios servem de complemento para a interpretação do princípio da insignificância, pois ao concretizar os valores defendidos por esses princípios, busca – se manter um sistema penal espelhado no Estado Democrático de Direito. Independentemente de não haver expressamente legislação específica regulamentando tal princípio, a doutrina e a jurisprudência têm entendido pela sua aplicação, tendo em vista que o princípio da insignificância retrata um importante vetor de garantias para que ocorra a efetividade do princípio da intervenção mínima.

O Princípio da Insignificância está relacionado com o fato típico, tendo como requisitos definidos de ordem objetiva a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica, pois o tipo penal é identificado por afastar a incidência da lei penal sobre a ação que demonstre um grau insignificante de lesividade contra o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Porém, no que lhe diz respeito aos requisitos subjetivos, deve haver em consideração a vítima a importância do objeto material, juntamente com o valor sentimental do bem, a condição econômica, as circunstancias do crime e o resultado do crime, de modo que subjetivamente identifique se houve ou não lesão ao bem jurídico tutelado.

Acontece que o Princípio da Insignificância não está concentrado apenas no valor real econômico do bem jurídico, pois, na verdade, o princípio estende-se ao dano provocado ao contexto social, isto é, a forma com que a ação ou omissão afete a ordem social. Dessa forma,

em seu aspecto material pode – se afastar a tipicidade penal, pois o bem jurídico tutelado não chegou a ser lesado, fazendo com que o princípio da insignificância atue como excludente da tipicidade, pois sendo considerado insignificante, se torna incapaz de provocar perigo à lesão efetiva ou a lesão de fato, o que se leva a inexistência da tipicidade material e, não havendo ela, o fato deixa de ser típico e de forma consequente, de ser crime.

Posteriormente, a pesquisa buscou destacar as funções do Delegado de Polícia sendo o responsável por apurar os crimes, a fim de investigar provas mínimas do delito, buscando elementos de autoria e materialidade, para a criação do convencimento do autor da ação penal.

Dirigindo-se ao fundamento principal, foi evidenciado que há divergências existentes acerca da aplicação ou não do princípio da insignificância na fase pré-processual, na qual foi demonstrada sobre a posição doutrinária que não reconhece sobre a aplicação, e em seguida, explicou-se se a posição doutrinária favorável a aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia, na qual se entende que quando não houver justa causa para se dar início a uma investigação, o boletim de ocorrência pode ser arquivado, tendo em vista que ocorreu um delito materialmente atípico.

À vista disso, uma vez que uma conduta delituosa seja enquadrada a esses preceitos, sendo considerada atípica, não cabe interditar a Autoridade Policial que é o primeiro a fazer a análise delitiva do fato, pois fica demonstrado à possibilidade do Delegado de Polícia aplicar o princípio da insignificância para deixar de instaurar o inquérito policial ou lavrar um auto de prisão em flagrante, pois havendo essa possibilidade, a ação do Delegado de Polícia evitaria a superlotação do encarceramento, e impediria que o processamento de indivíduos que, por muito das vezes, carecem de atenção em áreas sociais e educacionais.

Ao admitir a possibilidade de o Delegado de Polícia aplicar o referido princípio, estaria acarretando a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o Delegado é visto como

o primeiro garantidor da lei, retirando do âmbito penal condutas irrelevantes ao bem jurídico.

Dessa forma, verifica-se que a aplicação do princípio da insignificância posto através do delegado de polícia teria incontáveis benefícios para a administração pública, tendo em vista que, ao observar todos os requisitos, a autoridade policial como garantidor de direitos, acarretará de imediato a liberdade e dignidade do indivíduo que futuramente teria o reconhecimento da bagatela.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da insignificância no Direito penal. **Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. V. 94, Abr/Jun, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 set 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 20 mar 2021.

BRASIL. **Lei 12.830.** 2013. A investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 20 mar 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena**l: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**: A confusa exegese do princípio da insignificância. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; GOMES, Rodrigo Carneiro; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7527/normas-regras-e-principios>. Acesso em: 09.jun.2021.

KHALED JR, Salah H; ROSA, Alexandre Morais da. **Delegados relevantes e lesões insignificantes**: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial. Justificando. 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/11/25/delegados-relevantes-e-lesoes-insignificantes-legitimidade-reconhecimento-da-falta-de-tipicidade-material-pela-autoridade-policial/>. Acesso em: 19 mai 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MAÑAS, Carlos Vico. A concepção material do tipo penal. **Revisa da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, nº 30, dez. 1988, p. 148.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado:** estudo integrado com processo e execução penal**.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1709029/MG**. 2017. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201709029>. Acesso em: 09.nov 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **HC 553872/SP**. 2020. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858143859/habeas-corpus-hc-553872-sp-2019-0383113-1/inteiro-teor-858143870. Acesso em: 09.nov.2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 260.375/SP**. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24203444/habeas-corpus-hc-260375-sp-2012-0252284-0-stj/inteiro-teor-24203445> Acesso em 30.out.2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de jurisprudência n. 441.** 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/1211/showToc>. Acesso em: 27 nov 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 81734/PR**. 2002. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748809/habeas-corpus-hc-81734-pr/inteiro-teor-103134239. Acesso em: 27.nov.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 104.787/RJ.** 2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736631/habeas-corpus-hc-104787-rj>. Acesso em: 27.nov.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 84.412-0/SP**. 2004. Disponível em: . https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>. Acesso em: 30.out.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 114.241/RS.** 2013. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23073603/

habeas-corpus-hc-114241-rs-stf/inteiro-teor-111558773. Acesso em: 30.out.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **HC 122.936/RJ**. 2014. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25277423/habeas-corpus-hc-122936-rj-stf/inteiro-teor-141990920. Acesso em: 27.nov.2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE OU LIMITAÇÃO DAS PENAS: ANÁLISE NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Alinne Silva Lima[12]
Emmanuel Silva Lima[13]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o Princípio da Humanidade ou Limitação das Penas. Contemplando as decisões jurisprudenciais, este artigo tem como metodologia qualitativa o que se desenvolve através de pesquisa bibliográfica e análise documental. Além disso, busca-se entender a aplicabilidade do Princípio da Humanidade no ordenamento jurídico brasileiro, abordando o respeito a este princípio em virtude da pandemia do novo COVID-19 no país. Busca-se, como resultado da consideração aqui apresentada, explicitar doutrinas, julgados e pesquisas que amparam e geram embasamento para que, assim, possa entender as nuances que envolvem princípio em estudo.

Palavras-chave: Penas proibidas. Princípio da Humanidade. Limitação das penas. Pandemia.

INTRODUÇÃO

É cediço que o ordenamento jurídico, como um todo, possui como alicerce basilar um conjunto de normas e princípios que norteiam a sua construção, entendimento e aplicabilidade, onde no direito penal não seria diferente, uma vez que há inúmeros princípios existentes.

O Princípio da Humanidade ou Limitação das Penas possui grande relevância, tendo em vista que sua eficácia garante ao

12 Graduanda em Direito pela Faculdade de Minas Gerais – FAMIG. E-mail: alinnesilvalima15@gmail.com

13 Graduando em Direito pela Faculdade de Minas Gerais – FAMIG. E-mail: emmanuelsilvalima12@gmail.com

condenado formas mais humanas no cumprimento da pena privativa de liberdade.

Sendo assim, este artigo tem a finalidade de entender a importância da humanização das penas como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. Foram delimitados como objetivos principais de estudo: os tipos de penas proibitivas no ordenamento jurídico pátrio e como esse princípio teve sua aplicabilidade em face da pandemia da COVID-19[14] no Brasil.

No primeiro capítulo aborda-se o conceito do Princípio da Humanidade ou Limitação das Penas e as penas proibidas pela Constituição Federal de 1988, sendo elas, a pena morte, pena de caráter perpétuo, penas de trabalhos forçados, penas de banimento, e as penas de caráter cruéis.

No segundo capítulo, é exposto como a mídia fere o Princípio da Humanidade, visto que a sua função de formação de opinião e que muitas vezes vai de encontro a pontos proibitivos do ordenamento jurídico, como, por exemplo, o apoio à pena de morte no Brasil, sem a devida observância do que a lei permite sobre este assunto.

Por fim, no terceiro e último capítulo, é abordado a aplicabilidade do Princípio da Humanidade em face da COVID-19 no sistema carcerário brasileiro.

No desenvolvimento do presente artigo foi utilizada a metodologia de pesquisa qualitativa o que se desenvolve através de pesquisa bibliográfica e análise documental.

Diante dos estudos, demonstra-se que embora tal princípio esteja garantido no ordenamento pátrio, ainda existem certas peculiaridades acerca de alguns tipos de penas que são proibidas de serem aplicadas,

---

14 A Covid-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2. A doença pode apresentar ameaças clínicas variando de infecções assintomáticas a quadros graves. A Covid-19 foi identificada no final do ano de 2019, na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. E em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou emergência de Saúde Pública em âmbito internacional. Em 11 de março de 2020, a doença já estava presente em mais de 100 países, sendo caracterizada pela OMS como pandemia. (OPAS, 2022).

como por exemplo a pena de morte, que possui muitos defensores de tal modalidade de pena.

1 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE OU LIMITAÇÃO DAS PENAS

1.1 CONCEITO

O Princípio da Humanidade ou Limitação das Penas encontra fundamento legal na Constituição Federal de 1988, do qual impõe limites às penas e ressalvam a dignidade da pessoa humana em face ao sistema prisional, presente no art. 5º, incisos III, XLVII, XLVIII, LIX, L.

Partindo da análise do inciso XLVIII:

> Art. 5º XLVII - não haverá penas:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> b) de caráter perpétuo;
> c) de trabalhos forçados;
> d) de banimento;
> e) cruéis; (BRASIL, 1988)

Sendo assim, observa-se o cuidado do legislador ao elencar e elucidar de forma proibitiva penas que vão ao contrário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com previsão legal no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988, princípio esse que se torna fundamental e basilar para aplicabilidade da pena a pessoa do apenado. (BRASIL, 1988)

O Princípio da Limitação das Penas não retira a função de punir do Estado, mas sim como forma de limitar a sua atuação de forma humana e mínima proibindo de praticar formas cruéis que resultem a morte ou banimento do indivíduo que cometeu a conduta considerada como crime no ordenamento jurídico. (DOMINGUEZ; SILVEIRA, 2020).

Há julgados e entendimentos reconhecendo a existência do princípio em análise:

> EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. SUPERLOTAÇÃO E PRECARIEDADE DAS CASAS DE ALBERGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. Se, por culpa do Estado, o condenado não vem cumprindo pena em estabelecimento prisional adequado ao regime fixado na decisão judicial (aberto), resta caracterizado o constrangimento ilegal. 2. A superlotação e a precariedade do estabelecimento penal, é dizer, a ausência de condições necessárias ao cumprimento da pena em regime aberto, permite ao condenado a possibilidade de ser colocado em prisão domiciliar, até que solvida a pendência, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da **humanidade da pena** e da individualização da pena. 3. Ordem concedida para que o paciente seja imediatamente colocado em regime aberto domiciliar, até o surgimento de vaga em casa de albergado com condições mínimas necessárias ao adequado cumprimento da pena em regime aberto, restabelecido o decisum de primeiro grau. (STJ. HC 216828/RS, 2012, grifo nosso)

Sendo assim, o julgado acima demonstra e acata a humanização em decorrência da precariedade e superlotação do estabelecimento penal, sendo uma relação de direta ofensa ao princípio da humanidade para o direito penal.

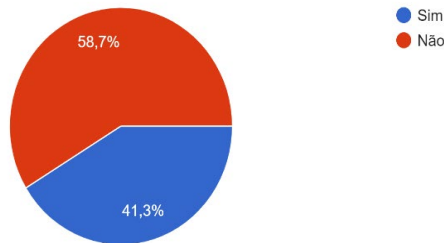
Assim, conclui Capez (2014) que do princípio da humanidade resulta ser inconstitucional a criação de um tipo ou a ameaça de alguma pena que gere como dano qualquer forma e/ou resultado a restrição de qualquer direito já garantido constitucionalmente.

1.2 PENAS DE MORTE E DE CARÁTER PERPÉTUO

A pena de morte ou pena capital é a condenação à morte de alguém que cometeu um crime (BEZERRA, 2022).

No Brasil, conforme elenca o art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, há proibição expressa da pena de morte, salvo nos casos ressalvados pela própria Constituição. (BRASIL, 1988)

Nos tempos atuais, muito se tem discutido acerca da aplicabilidade de penas com caráter mais severos e agressivos à determinadas pessoas que vão em contrariedade ao ordenamento jurídico. Dentre essas discussões surgem vertentes sobre a possibilidade de serem aplicadas no Brasil penas de morte e de caráter perpétuo.

Veja a pesquisa realizada com a participação de 63 pessoas:

Fonte: *Google Docs*

Muito embora haja essa vertente de pessoas que concordem com a aplicabilidade de penas de morte no ordenamento jurídico atual, existe uma grande parcela da sociedade que não concorda com tal forma de sanção penal.

Dados estes que são colocados em contraponto quando se analisa a pesquisa realizada por parte da Paraná Pesquisas (2018), revelando que 62,5% da população brasileira é a favor da pena de morte em

casos de assassinatos bárbaros, sendo estes dados ilustrados através da tabela de pesquisa sobre a pena de morte:

	Não	Sim	Não sabe/ não opinou
Masculino	34,6%	60,6%	4,8%
Feminino	27,9%	64,2%	7,9%
De 16 a 24 anos	25,0%	67,0%	8,0%
De 25 a 34 anos	30,9%	62,2%	7,0%
De 35 a 44 anos	31,2%	64,9%	3,9%
De 45 a 59 anos	34,1%	59,5%	6,4%
60 anos ou mais	32,8%	60,0%	7,1%
Ensino Fundamental	32,8%	60,1%	7,1%
Ensino Médio	30,6%	63,0%	6,4%
Ensino Superior	29,1%	65,9%	5,1%
PEA	30,2%	63,4%	6,5%
Não PEA	33,3%	60,4%	6,3%
Norte + Centro-Oeste	33,2%	61,2%	5,6%
Nordeste	27,8%	64,7%	7,5%
Sudeste	32,5%	62,1%	5,5%
Sul	31,2%	60,9%	7,9%

Foto: reprodução/Paraná pesquisas

Por conseguinte, é elencado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 60, § 4º, inciso IV do qual enumera que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Sendo assim, as penas de morte e de caráter perpétuo estão presentes nos capítulos de direitos e garantias fundamentais inerentes a pessoa humana, não sendo objetos com viés de tender abolir do ordenamento jurídico. (BRASIL, 1988)

O Código Penal no art. 75, afirma que "o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos, estando presente novamente a humanização no momento de ser cumprida a pena". (BRASIL, 1940)

Embora ainda se tenha relato de países que ainda utilizam da aplicação de pena de morte em seu ordenamento jurídico, o número de execuções por pena de morte no ano de 2020 tendeu a descer

pelo terceiro ano consecutivo. Contudo, alguns países possuem altos índices de tal sanção, como por exemplo o Irã, com 246 casos em que foram aplicadas a pena capital; e Egito, com a aplicação da pena de morte em 107 casos (FOLHA DE SÃO PAULO, 2022).

Em face, sejam os pedidos para abolição total ou parcial da aplicação da pena de morte, como ocorre no Brasil a aplicação parcial, que reversa tão somente a aplicação desse tipo de pena em casos de guerra declarada, conforme supracitado elencado no art. 84, inciso XIX da Constituição Federal, sendo execução por fuzilamento, conforme determina o art. 56 do Código Penal Militar de 1969 (GRECO, 2018).

Segundo Hassemer e Muñoz Conde (*apud* GRECO, 2018, p. 135) "A prisão perpétua se constitui, hoje, em muitos ordenamentos jurídicos, como a reação social punitiva mais grave que, legalmente se pode impor ao autor de um delito".

Sendo assim, a aplicabilidade de penas de caráter perpétuo no ordenamento jurídico brasileiro vai em contrapartida a toda e qualquer forma de garantir e efetivar o princípio da humanidade na aplicabilidade da pena.

1.3 PENA DE TRABALHOS FORÇADOS

Ao tratar a limitação constitucional presente no art. 5º, inciso XLVII, *c,* a respeito de trabalhos forçados, um cuidado minucioso deve ser tomado, pois tal pena trata de obrigar o indivíduo a trabalhar sem qualquer forma de remuneração, ou ainda sob castigos corporais (DOMINGUEZ; SILVEIRA, 2020).

Destarte, a Lei de Execução Penal, em vários momentos, enumera a obrigatoriedade do trabalho por parte do preso, o qual jamais pode exceder a carga horária de 8 horas por dia, com descanso em domingos e feriados, nos moldes dos artigos 31 a 35 da referida lei. (BRASIL, 1984)

Conforme Greco (2018), o viés proibitivo elencado pela Constituição Federal de 1988 se dá nos casos em que o trabalho for

de forma humilhante ou vexatória para com o condenado, não podendo haver nenhuma forma de coibição física ou moral para que force o recluso a cumprir o seu trabalho. Percebe-se a preocupação do legislador em garantir tal premissa, uma vez que, historicamente no Brasil, a imposição de trabalhos forçados era de praxe comum e rotineira, do qual houve o reconhecimento por parte do governo federal brasileiro acerca da existência do trabalho escravo contemporâneo perante o país e a Organização Internacional do Trabalho demonstra que mais de 40 milhões de pessoas foram vítimas da escravidão moderna em 2016, sendo que 71% eram mulheres e meninas.

Nesse sentido, houve uma preocupação por parte do legislador a fim de garantir e assegurar ao condenado segurança mínima e visando fazer valer o princípio da humanidade em face da limitação da proibição de penas em que haja qualquer forma de trabalho forçado no ordenamento jurídico. A pena não deve ser ocasionada como uma forma de vingança social ou que possa causar danos ao condenado, devendo ter como função precípua a reinserção social do apenado (SOUZA, 2022).

Segundo Greco:

> Embora não possa existir, efetivamente, a cominação de penas de trabalhos forçados, o fato de volitivamente não querer trabalhar impedirá o condenado de conquistar vários benefícios contidos na Lei de Execução Penal, a exemplo, como déssemos, da progressão de regime (semiaberto para o aberto) e da remição, na qual, para os que cumprem pena sob os regimes fechado e semiaberto, para cada três dias trabalhados haverá um remido. (GRECO, 2018, p. 136)

Conforme supramencionado, a Constituição Federal não proíbe qualquer forma de trabalho por parte do apenado, contudo, proíbe que lhe seja imputado formas que causem prejuízos a sua integridade física e psíquica, pois, o Direito Penal deve garantir ao preso formas de

viabilizar o direito da dignidade da pessoa humana a fim de fazer valer o princípio da limitação das penas.

1.4 PENA DE BANIMENTO

Conforme Moraes (2003), a pena de banimento no Brasil era uma medida que consistia na expulsão do território nacional de quem atentasse contra a ordem política interna ou contra a forma de governo estabelecida, ou seja, era a extinção da possibilidade de um cidadão viver e conviver em sua terra natal. A pena de banimento vem em contraposto do direito à nacionalidade, conforme disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 15, que estabelece que “todo ser humano tem direito a uma nacionalidade”.

Conforme Romano (2019), o Ato Institucional nº 13, de 06 de setembro de 1969, estabelecia o banimento de brasileiros que, comprovadamente, se tornariam inconvenientes, nocivos ou perigosos à Segurança Nacional.

No que tange a palavra, comprovadamente, muito são os casos na época em questão que o cerceamento de liberdade de expressão era vasto neste período histórico, acabando que decisões de cunho pessoal se tornava o viés comprobatório, ocasionando à aplicação de pena mais um teor pessoal do que jurisdicional (BRASIL PARALELO, 2022).

Ainda assim, conforme Greco (2018), com a vedação constitucional da proibição da pena de banimento no ordenamento jurídico, traz consigo maior segurança jurídica, uma vez que a sociedade pode conviver com maior diversidade e pluralismo de ideias. Dessa forma, o Estado não poderá escolher o método cruel da retirada do território nacional, a fim de realizar uma “queima de arquivo” contra aqueles que não sigam a ideologia dos detentores do poder.

1.5 PENAS CRUÉIS

Jennifer Leopoldo (2019) entende a pena como "medida imposta pelo Estado, ao infrator que comete um ato típico, ilícito e culpável, mediante o devido processo legal".

Cesare Beccaria entende que:

> (...) pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. (BECCARIA, 2015, p. 23)

O art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), elucida que ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. (DOMINGUEZ; SILVEIRA, 2020).

A Constituição Federal de 1988, em atenção ao princípio norteador da dignidade da pessoa humana, repreende qualquer forma e/ou prática de pena de crueldade e desumanidade dos presos. Sendo assim, o Princípio da Humanidade das Penas é o rompimento de qualquer forma e viés de pena que desconsidere o homem como pessoa (ZAFFARONI; PIERANGELI *apud* GRECO, 2018).

Ferreira da Costa afirma que:

> Vige no Brasil o princípio da humanidade, segundo o qual as penas degradantes e cruéis não podem ser aplicadas no ordenamento jurídico nacional. Assim, as penas de amputação, castração e torturas que recaiam sobre o corpo dos indivíduos contrariam os tratados e convenções internacionais de direitos

> humanos, não sendo compatíveis com os dispostos legais em vigor no território brasileiro. (COSTA *apud* GRECO, 2018, p. 137)

Posto isso, com a consagração do princípio da humanidade na Constituição Federal, atribui ao preso maior dignidade dentro do sistema processual penal no quesito de aplicação da pena.

2. A MÍDIA E O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

No atual cenário em que se encontra o país, as mídias e grandes veículos de comunicação acabam por tomar grandes proporções a divulgação de casos e investigações penais, uma vez que o ato de compartilhar e manter as pessoas informadas encontra respaldo legal na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXIII. (BRASIL, 1988)

Sendo assim, a mídia torna-se uma verdadeira formadora de opinião pública das pessoas ao redor do mundo (UNICENTRO, 2017).

Conforme Nilo Batista:

> O discurso criminológico midiático pretende constituir-se em instrumento de análise dos conflitos sociais e das instituições públicas, e procura fundamentar-se numa ética simplista (a 'ética da paz') e numa história ficcional. (BATISTA, 2003, p. 7)

Nessa vertente, o apelo midiático acaba por fugir ao Princípio da Humanidade das Penas, tendo em vista que ao propagar e formar opiniões públicas, as pessoas acabam por desejar e criar o anseio de que a pena aplicada às pessoas tenha caráter máximo.

No que tange a ideia de aplicabilidade de pena máxima no país, convicção essa muitas vezes exacerbada por parte das grandes mídias de comunicação, a Constituição Federal, assim como o Código Penal

brasileiro, ilustra de forma clara que será assegurado ao detento formas humanas e dignas para que seja cumprida sua pena.

Em continuidade à ideia ilustrada, em diversos setores da sociedade devido ao alto índice da participação da mídia, observa-se esse tipo de discurso de ultrapassar de forma negativa o princípio da humanidade, no intuito de aplicar ao condenado pena máxima, fatores que muitas vezes perpassam o lógico de sua idealização, como por exemplo que a aplicabilidade de pena de morte como fator de redução da superlotação dos presídios (MOCELIN, 2016).

Contudo, cerca de 45% dos presos que ocupam o sistema carcerário nacional ainda estão na condição de presos provisórios, ou seja, ainda não foram julgados (DANTAS, 2022).

Mesmo quem proponha tal pensamento e até por participação das grandes mídias, tais ideias não podem tender abolir do ordenamento jurídico direitos fundamentais do ser humano (RAMIRES, 2020).

3. A PANDEMIA DA COVID-19 E O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Conforme elucidado, o Princípio da Humanidade se consagra na esfera penal, possuindo relação direta na forma de limitar a atuação estatal.

Segundo Nucci:

> Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas (NUCCI, 2014, p. 63).

Sendo assim, os direitos fundamentais se tornam garantias mínimas a fim de assegurar aos presos, embora estejam com sua liberdade privada, a eficácia de tais direitos (ALMEIDA, 2021).

Conforme documento da Organizações das Nações Unidas, segundo a primeira regra das Regras de Nelson Mandela,

> Todos os reclusos devem ser tratados com o respeit%o inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada (CNJ, 2016, p. 3).

Nesse sentido, as pessoas que têm seu direito de liberdade restrito devem ter assegurada a sua dignidade.

Contudo, a realidade do sistema prisional brasileiro é diferente. Hoje são 682,1 mil presos nos 26 estados e no Distrito Federal, dados esses que afastam o princípio da humanidade e elucida forte desrespeito aos direitos humanos (SILVA; GRANDIN; CAESAR; REIS, 2021).

Com o avançar da pandemia do novo COVID-19, o número de mortes subiu 225% em janeiro do ano de 2022, no comparativo com a medição no mês anterior, sendo ao todo 649 óbitos entre pessoas presas e servidores, desde o início da pandemia. (CONSULTOR JURÍDICO, 2022).

O Conselho Nacional de Justiça proferiu a Recomendação nº 62/2020, dando parâmetros para expedição de avaliações das situações dos presos, de maneira pontual, como medida de evitar a propagação do vírus da COVID-19 no sistema carcerário (ALMEIDA, 2021).

Diante disso, hoje com o avançar da aplicação das vacinas contra a COVID-19, 98,82% dos presos do Sistema Penitenciário Federal já foram vacinados contra o novo Coronavírus, de modo que novamente vem comprovar a importância de humanizar o sistema carcerário brasileiro. A vacinação no Sistema Penitenciário Federal cumpre

requisitos da Lei de Execução Penal, no que tange o acesso à saúde (BRASIL, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou entender questões que envolvem o Princípio da Humanidade ou da Limitação das Penas para demonstrar a grande relevância no ordenamento jurídico pátrio.

Tal princípio está ligado diretamente com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que, busca-se impedir que a pena aplicada seja usada como meio de violência, com tratamento desumano e ou cruel ao condenado.

É possível interpretar de forma extensiva o princípio em estudo e entendê-lo também como forma de garantia do hipossuficiente, uma vez que demonstra de forma clara o cuidado em humanizar o Direito Penal.

A sociedade possui uma visão deturpada na aplicabilidade de penas cruéis aos condenados, uma vez que essa aplicabilidade, e a ideia compartilhada por muitos de que "bandido bom é bandido morto", acaba que por ferir o princípio já consagrado e abarcado na Constituição Federal de 1988 que veio assegurar às pessoas maior segurança jurídica contra a tirania do Estado.

Sendo assim, o Princípio da Humanidade se faz necessário e se torna muito importante para consagrar o direito um teor mais humana ao tratar matérias de cunho criminal. O Brasil possui algumas precariedades em seu sistema carcerário e deve-se coibir a ideia de que o Direito Penal brasileiro deve ser utilizado como uma forma de "olho por olho, dente por dente", indo novamente em contramão a tudo que foi conquistado e efetivado no ordenamento jurídico democrático atual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amanda Ferraz Rodrigues de. **Os efeitos da precarização da vida no sistema prisional em tempos de pandemia.** 2021. 50 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Minas Gerais – FAMIG, Belo Horizonte, 2021.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio.** 2003. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 19 jun 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BEZERRA, Juliana. **Pena de morte:** argumentos, no Brasil e outros países. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/pena-de-morte/>. Acesso em: 18 jun 2022.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jun 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 24 jun 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **98% dos presos do Sistema Penitenciário Federal já foram vacinados.** 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/98-dos-presos-do-sistema-penitenciario-federal-ja-foram-vacinados>. Acesso em: 20 jun 2022.

BRASIL PARALELO. **A censura durante o regime militar.** Youtube, 21 jan. 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=lF2BKqK9kCU&t=18s>. Acesso em: 18 jun 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela:** regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. **Mortes por Covid-19 em prisões têm aumento de 225% em um mês**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-21/mortes-covid-19-prisoes-aumento-225-mes>. Acesso em: 22 jun 2022.

DANTAS, Aldir. **Número de presos no Brasil bate recorde após a pandemia e o aumento da fome**. Disponível em: <https://aldirdantas.com/noticias/numero-de-presos-no-brasil-bate-recorde-apos-a-pandemia-e-o-aumento-da-fome/>. Acesso em: 20 jun 2022.

DOMINGUEZ, Thales; SILVEIRA, Matheus. **INCISO XLVII – RESTRIÇÕES À AÇÃO PUNITIVA DO ESTADO.** 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/restricoes-a-acao-punitiva-do-estado/?doing_wp_cron=1655579636.4344990253448486328125>. Acesso em: 25 jun 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO**. Arábia Saudita executa 81 pessoas 'por terrorismo' em um único dia.** 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/03/arabia-saudita-executa-81-pessoas-por-terrorismo-em-um-unico-dia.shtml>. Acesso em: 25 jun. 2022.

GOOGLE DOCS. **Pena de morte**. Disponível em: <https://docs.google.com/forms/d/1eWI8Ygu4WnBn57Au2EiRLujq2uR4hGaYnYdX63XlR4E/edit>. Acesso em: 25 jun. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - parte geral. 20. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2018.

LEOPOLDO, Jennifer. **Conceito e origem da pena.** Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/75036/conceito-e-origem-da-pena>. Acesso em: 03 jun 2022.

MOCELIN, Proudhon. **5 motivos para ser a favor da Pena de Morte**. 2016. Disponível em: < https://proudhon.jusbrasil.com.br/artigos/315636003/5-motivos-para-ser-a-favor-da-pena-de-morte>. Acesso em: 15 jun 2022.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS/OMS). **Folha informativa sobre COVID-19.** Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 23 jun 2022.

PARANÁ PESQUISAS. **Pesquisa Online** – Nacional Pena de Morte. 2018. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/02/BRWeb4_Fev18-Pena-de-Morte.pdf>. Acesso em: 25 jun.2022.

RAMIRES, Jadielton Enrique. **A Inconstitucionalidade do Advento da Pena de Morte no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Disponível em: <https://enriquexavier17.jusbrasil.com.br/artigos/828857680/a-inconstitucionalidade-do-advento-da-pena-de-morte-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 19 jun 2022.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O BANIMENTO.** 2019. Disponível em: <https://rogeriotadeuromano.jusbrasil.com.br/artigos/754188648/o-banimento>. Acesso em: 25 jun 2022.

SILVA, Camila Rodrigues da; GRANDIN, Felipe; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia.** 2021. Disponível em: < https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 27 jun 2022.

SOUZA, Ana Paula de. **Função Ressocializadora da Pena.** Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/funcao-ressocializadora-pena.htm>. Acesso em: 07 jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 216828/RS.** 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21235832/habeas-corpus-hc-216828-rs-2011-0201579-0-stj/inteiro-teor-21235833>. Acesso em: 04 jun 2022.

UNICENTRO, Nead. **Mídia Impressa como formadora de opinião**. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yRGWSnnqCXY>. Acesso em: 19 jun 2022.

UM ESTUDO SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEUS ASPECTOS

Gabriela Maciel Lamounier[15]
Pedro Henrique de Prates Souza[16]

Resumo: O Princípio da Proporcionalidade é um dos princípios implícitos que devem ser seguidos pelo Estado Democrático de Direito, uma vez que é de suma importância para as garantias e direitos da pessoa humana e limitação do direito de punir do Estado. O objetivo desse artigo é trazer à tona a discussão sobre a proporcionalidade das penas em três perspectivas: a pena abstrata, a pena concreta e o cumprimento efetivo da pena imposta pelo magistrado. Muitas vezes, este princípio não é observado, restando essa proporcionalidade uma questão discutível, pois não existe nenhum parâmetro, propriamente explícito, a ser seguido. É inafastável o referido princípio por perigo, até mesmo, de um retrocesso social.

Palavras-chaves: Princípio da Proporcionalidade; Limitação do poder estatal; Direitos e Garantias fundamentais.

INTRODUÇÃO

O Princípio da Proporcionalidade é um princípio de extrema importância para o Direito, principalmente no Direito Penal, para a proteção do indivíduo contra o Estado soberano, detentor do direito de punir. Trata-se de um princípio implícito, pois não se encontra

15 Advogada – S.L.A. Advocacia Sistêmica. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Professora universitária. Especialista em Direito Processual e Direito Ambiental pela PUC/MG. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestra e Doutora em Direito Público e Pós-Doutora em Direito Penal pela PUC/MG. E-mail: gabilamounier78@gmail.com.

16 Bacharelando em Direito pela FAMIG – Faculdade de Minas Gerais. Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela FAVENI. E-mail: pedropratessouza@live.com.

positivado em lei regulando a fase de formulação, aplicação e execução da pena.

O princípio tem como objetivo precípuo regular o Estado e as punições equivalentes ao dano, ou seja, o crime deve ser valorado de acordo com seu potencial lesivo respeitando a dignidade humana, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito.

O primeiro capítulo aborda a evolução das penas e o segundo capítulo aborda o Princípio da Proporcionalidade propriamente dito, ressaltando os três aspectos em que tal princípio deve ser observado e traz uma breve diferenciação entre a proporcionalidade e a razoabilidade. O terceiro capítulo apresenta uma análise do entendimento de alguns tribunais brasileiros em relação à aplicabilidade do princípio em estudo.

A metodologia utilizada foi a teórico-bibliográfica, desenvolvida através de doutrinas e artigos científicos e a pesquisa documental, desenvolvida através da legislação brasileira e da análise jurisprudencial.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na história da humanidade, percebe-se que a concepção do equilíbrio entre o crime e a sanção penal nem sempre foi contemplada.

Não há como se definir um momento exato em que as penas se originaram. A vida em sociedade passou, automaticamente, a exigir do homem regras para manter a boa convivência e a ordem. Percebe-se a evolução da proporcionalidade de acordo com a evolução da própria humanidade.

A concepção da proporcionalidade teve origem na Antiguidade, sendo tratada na Idade Média. Após, as teorias do Estado elaboraram um método de controle estatal, demonstrando que o Estado deveria intervir proporcionalmente a seus fins (FELDES, 2005).

Contudo, Ferrajoli (2002) menciona que o equilíbrio entre a pena e o crime cometido já havia sido expressa por Platão em “As Leis”.

De forma normativa, pode se dizer que a proporcionalidade foi expressa pela primeira vez na Carta Magna de 1215, nos itens 20 e 21, que estabeleciam que o homem livre seria punido na proporção da ofensa que causou a outrem e os condes e barões também seriam punidos na proporção da gravidade de suas ofensas, mas que seriam punidos somente por seus pares. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

No período denominado *vingança divina*, a pena tinha um viés religioso, um caráter sacral. Acreditava-se que fenômenos da natureza como, por exemplo, raios, trovões, tempestades, eram castigos dos deuses, consequência de determinadas condutas da comunidade. Acreditava-se também que a pena imposta ao criminoso era a maneira de purificar sua alma. Então, as penas eram aplicadas pelos sacerdotes em nome dos deuses, pois o crime praticado era visto como um pecado. (GRECO, 2020)

Na fase denominada *vingança privada*, a pena possuía unicamente um caráter retributivo, ou seja, a pena fundamenta-se apenas na vingança com o intuito de retribuir o mal causado. Neste período a ideia que predominava era a de "justiça pelas próprias mãos" e fortalecia a Lei de Talião ("olho por olho, dente por dente") (FAVORETTO, 2012).

No período da *vingança pública*, a pena tinha um caráter de prevenção, de intimidação. Contudo, este período foi marcado pelo exercício arbitrário do Estado com a imposição de penas cruéis. O furto era penalizado com a amputação das mãos, estupro com a castração, a fraude com a amputação do nariz, açoitamento, esquartejamento, mutilação, trabalho forçado e até pena de morte. A responsabilidade penal recaía sobre o corpo do réu. (GRECO, 2020)

A problematização se desenvolveu a partir das ideias de Monstesquieu, em "O espirito das Leis", e por Beccaria, em "Dos delitos e das penas" (FELDENS, 2005).

Foi na época do Iluminismo que os direitos do homem começaram a ser melhor observados, principalmente no Direito Penal. Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, consagrou a proporcionalidade, defendendo em sua obra um direito penal mais humanizado,

posicionando-se contra a pena de morte e penas cruéis e pontuando a proporcionalidade como pressuposto da pena (FAVORETTO, 2012).

Contudo, somente com o surgimento das penas privativas de liberdade e pecuniárias foi possível visualizar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

O referido princípio veio à tona, primeiro, no Código Leopoldino de 1786, depois na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e posteriormente, no Código Napoleônico de 1810, progredindo aos códigos sucessivos do século XIX com o declínio das penas corporais e a introdução das penas privativas de liberdade como penas principais (FERRAJOLI, 2002; BITENCOURT, 2020).

A Constituição Federal de 1988 traz de forma implícita o Princípio da Proporcionalidade em alguns de seus incisos do artigo 5º, como, por exemplo, o inciso XLVI que trata da individualização da pena e o inciso XLVII que trata da proibição de certas penas como a pena de caráter perpétuo, o banimento e as penas cruéis e desumanas.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A pena deve ser proporcional ao crime cometido. Esta é a frase que mais se conhece em relação ao Princípio da Proporcionalidade.

Nucci (2020) esclarece que deve existir harmonia, equilíbrio entre a pena e a gravidade da infração penal, deixando claro que não pode haver exageros na cominação das penas.

Nos dizeres de Fernando Capez:

> Quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo

> penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas. (CAPEZ, 2020, p. 98)

É certo que a pena aplicada deve ser proporcional à infração penal cometida pelo agente, mas antes da pena ser aplicada pelo magistrado, há a pena abstrata, estipulada pelo legislador, prevendo na norma penal a quantidade mínima e máxima da pena privativa de liberdade. E esta também deve ser proporcional à conduta descrita na lei e o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

A proporcionalidade é analisada em três aspectos: o da *predeterminação* feita pelo legislador; o da *determinação* da pena por parte do magistrado externado na decisão da aplicabilidade da pena em concreto; e o da *pós-determinação,* na fase executiva, nada mais é do que a pena efetivamente cumprida (FERRAJOLI, 2002).

Da mesma forma, Masson (2017) diz que este princípio abrange três destinatários: o legislador (proporcionalidade abstrata), o juiz da ação penal (proporcionalidade concreta), e os órgãos da execução penal (proporcionalidade executória).

Assim, fica evidente que o Princípio da Proporcionalidade deve ser interpretado e analisado sob três aspectos: a legislativa, a judicial e a executória (administrativa).

2.1 PENA ABSTRATA: A PREDETERMINAÇÃO LEGAL DA PENA

A pena abstrata é a prevista e lei, sendo a quantidade mínima e máxima de pena cominada pelo legislador. O legislador deve levar em conta a conduta criminosa e o bem jurídico que se quer proteger.

A penalização não pode ser desproporcional ao dano ou perigo produzido pela conduta praticada pelo agente. O legislador deve proceder com uma valoração diversificada a depender das condutas lesivas e o potencial dano produzido (SANTOS, 2014).

O sistema, muitas vezes, pode ser irracional, caso não haja uma análise proporcional sobre o desdobramento do caso concreto. Por exemplo a subtração de um aparelho de DVD do interior de um veículo, mediante a ruptura dos vidros, não pode ser tratado como furto qualificado mediante ruptura de um de seus vidros e ter uma pena maior do que o furto do próprio veículo, já que se trataria de furto simples. Uma vez o objeto principal ter maior valor sobre o acessório, seria desproporcional maior pena ao furto do bem menos relevante (TAVARES, 2020).

Como já mencionado, a própria Constituição traz limitações à atuação do poder punitivo. O legislador deve ficar atento ao princípio e procurar formular as leis sempre observando a proporcionalidade.

2.2 PENA CONCRETA: A DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA

O problema da determinação da pena pelo juiz, em grande parte, é no que tange os espaços de discricionariedade atribuídos à função de julgar.

Cada crime tem a sua especificidade que os diferem um do outro. Há diferenças, também, no que tange aos fatos pois dentro de um mesmo crime, a depender do fato, existe a diferença e cabe o juiz a verificação ou prova da denotação do fato como delito. A graduação da medida da pena deve ser avaliada para cada fato individualmente analisados, dentro dos limites máximos e mínimos estabelecidos pela lei vigente à época dos fatos (FERRAJOLI, 2002).

À diferença de denotação, capaz de fundar decisões judiciais requer, no entanto, juízos de valor. Juízos de "gravidade" ou de "insignificância" de um fato supõem valoração subjetivas podendo indicar uma série de critérios que podem ser valorados.

Disso, o juízo deve ser valorativo no sentido conotativo e, até mesmo, no denotativo; tão imparcial e exclusivamente vinculado à lei e às provas e inspirado nos valores constitucionais. O juiz, através da sua imparcialidade, fica impedido de trazer à tona as suas considerações

ou juízes em matéria de prevenção ou de defesa social (FERRAJOLI, 2002).

O artigo 68 do Código Penal dispõe sobre o sistema trifásico para a aplicação da pena concreta (dosimetria da pena). A primeira fase observa as circunstâncias judiciais presentes no artigo 59 do mesmo diploma legal para a fixação da pena base. Na segunda fase são observadas as atenuantes (artigos 65 e 66, CP) e agravantes (artigos 61 e 62, CP) para a fixação da pena provisória ou pena intermediária. Enfim, na terceira fase, leva-se em consideração a existência de causas de diminuição de pena (minorantes) e causas de aumento de pena (majorantes) para a fixação da pena definitiva.

Conforme os ensinamentos de Rogério Greco,

> (...) se depois de analisar, isoladamente, as circunstâncias judiciais, o juiz concluir que todas são favoráveis ao agente, jamais poderá determinar a pena-base na quantidade máxima cominada ao delito por ele cometido, o que levaria, ao final de todas as três fases, a aplicar uma pena desproporcional ao fato praticado (GRECO, 2020, p. 126).

Deste modo, os julgadores devem ser imparciais e não podem ser arbitrários, sendo suas decisões devidamente fundamentadas seguindo o sistema trifásico e respeitando a proporcionalidade e a dignidade humana.

A proporcionalidade da pena concreta está intimamente ligada à individualização da pena e a pena concreta deve ser diretamente proporcional à gravidade do crime cometido.

2.3 CUMPRIMENTO DA PENA: A DETERMINAÇÃO DA PENA NA FASE EXECUTÓRIA

A execução da pena, ou seja, o seu cumprimento, ocorre conforme o comportamento do condenado no sistema carcerário e suas condições pessoais.

Para Luigi Ferrajoli (2002) a *pós-determinação* da medida da pena na fase da execução é a soma da predeterminação legal e da determinação judicial, envolvendo a licitude da modificação da duração da pena na fase da execução.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê como finalidades da pena a retribuição, prevenção e ressocialização, no artigo 59 do Código Penal e no artigo 1° da Lei de Execução Penal.

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime** (BRASIL, 1940, grifo nosso).
> Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a **harmônica integração social do condenado e do internado** (BRASIL, 1984, grifo nosso).

Existem vários benefícios para que o condenado possa ter a duração de sua pena diminuída, dependendo, principalmente de seu mérito, ou seja, de seu comportamento durante a execução da pena. Existe a progressão de regime, a remição de pena (pelo trabalho e/ou pelos estudos), livramento condicional, etc.

Infelizmente, no sistema penitenciário brasileiro há muitos detentos ainda com a liberdade restrita. mas que já deveriam estar fora do ambiente carcerário.

2.4 PROPORCIONALIDADE *VERSUS* RAZOABILIDADE

É preciso esclarecer que a proporcionalidade é diferente de razoabilidade, ainda que de uma forma muito sutil.

Tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade servem como instrumento limitador do poder estatal, mas possuem construções de sistemas constitucionais distintos.

A razoabilidade é fruto do sistema jurídico anglo-saxão, derivado do devido processo legal, enquanto a proporcionalidade tem origem germânica, evoluído a partir do Direito Administrativo (ARAÚJO, 2009; MARQUES; TASOKO, 2014).

Pode-se dizer que a razoabilidade condiz com o controle do abuso, com a limitação do poder estatal para se evitar exageros, controlando então a aplicabilidade da proporcionalidade. Mas aquela é menos apurada que esta, existindo em situações de inequívoca irrazoabilidade (FELDENS, 2005).

Já a proporcionalidade deve ser analisada em três perspectivas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou propriamente dita.

Em relação à adequação, deve-se verificar se os meios utilizados pelo legislador são os adequados para a norma penal atingir seu objetivo (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Procura-se estabelecer um nexo entre o meio empregado e o fim desejado. A pena será revestida de justeza quando necessária para atingir suas finalidades.

Em relação à necessidade, deve-se verificar se os meios utilizados pelo legislador são os menos gravosos, eficazes e suficientes para atingir o objetivo da norma penal, devendo ser utilizado o meio que menos atinja os direitos fundamentais (BITENCOURT, 2020).

> No que toca a adequação, se a criminalização da conduta não possuir o condão de tutelar (ou fomentar esta tutela) o bem jurídico que se objetiva proteger, para logo se vê que estará configurado o abuso por parte do legislador. Em síntese, a orientar sua atuação, deve o legislador atentar para a efetividade da norma que será editada (ARAÚJO, 2009, p. 299).

Neste aspecto é visível a relação do Princípio da Proporcionalidade com o Princípio da Intervenção Mínima, mais precisamente em seu caráter subsidiário.

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, deve-se examinar se a pena imposta é proporcional ao crime praticado.

Juarez Cirino dos Santos (2014) explica que a proporcionalidade propriamente dita está relacionada à criminalização primária e à criminalização secundária, abrangendo o meio utilizado (sanção penal) e os fins propostos para a proteção do bem jurídico.

Explica Luciano Feldens (2005) que com o juízo de adequação, verifica-se se a proteção penal não fere os ditames constitucionais. O juízo de necessidade verifica-se se a norma penal é a necessária para tutelar o bem jurídico de forma eficaz. Já o juízo da proporcionalidade em sentido estrito analisa se o meio empregado é proporcional ao fim desejado, ou seja, se a pena imposta é proporcional à sua finalidade.

Mas é importante mencionar que alguns doutrinadores entendem que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são sinônimos, como Cleber Masson:

> De acordo com o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da razoabilidade ou da conveniência das liberdades públicas, a criação de tipos penais incriminadores deve constituir-se em atividade vantajosa para os membros da sociedade, eis que impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta (MASSON, 2017, p. 55).

De qualquer maneira, é preciso existir um equilíbrio da pena abstrata e da pena concreta no que concerne a gravidade do crime e a pena imposta. Quanto ao cumprimento da pena, este deve ser feito respeitando os ditames legais.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em um julgado deste ano de 2022, reduziu a pena privativa de liberdade de um condenado, em respeito ao Princípio da Proporcionalidade:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - VIAS DE FATO NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (ART. 21 DA LCP, NA FORMA DO ART. 7º, II, DA LEI N. 11.340/06) - RECURSO MINISTERIAL: AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO - NECESSIDADE - CRIMES PRATICADOS MEDIANTE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS AO DEFENSOR DATIVO - NECESSIDADE - DE OFÍCIO: REESTRUTURAÇÃO DA PENA.
>
> De acordo com o enunciado da Súmula 588 do Superior Tribunal de Justiça: "a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos". Logo, a referida benesse deve ser afastada.
>
> A existência de ao menos uma circunstância judicial desfavorável justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Sem embargo, se constatado que o incremento efetuado é de todo excessivo, em observância ao **princípio da proporcionalidade**, devida é a redução do acréscimo efetuado na primeira fase.

> Embora a lei não faça alusão a percentuais mínimos e máximos para a majoração da pena em razão da incidência de agravante do art. 61 do Código Penal, sendo a eleição da fração ato discricionário do julgador, a jurisprudência considera que o aumento de um sexto afigura-se razoável (TJMG, ApCrim 1.0079.18.004989-6/001, 2022, grifo nosso).

No caso da jurisprudência acima mencionada, o autor do crime foi condenado a três meses de prisão simples pela prática de vias de fato (contravenção penal) no contexto da violência doméstica e o juízo singular, concedeu ao condenado a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito – limitação de fim de semana.

Na análise recursal, em observância ao princípio da proporcionalidade, ocorreu redução da pena concreta para 19 dias de prisão simples, uma vez que houve redução da pena base, e foi afastada a substituição da pena privativa de liberdade pela pena limitação de fim de semana (pena restritiva de direito), já que a Súmula 588, STJ é clara no sentido de que a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita tal substituição.

O Código Penal em seu artigo 273 trata do crime de "Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais". De forma mais específica, o §1º A, prevê que os cosméticos são equiparados a produtos destinado a fins terapêuticos ou medicinais para efeitos da lei penal.

> Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.
> § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o

> produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.
> § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.
> § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:
> I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
> II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
> III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
> IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
> V - de procedência ignorada;
> VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente (BRASIL, 1940).

É evidente a violação do Princípio da Proporcionalidade quando o legislador impõe uma pena abstrata de reclusão de 10 a 15 anos e multa para a conduta de adulterar um cosmético, enquanto a pena de homicídio simples varia de 06 a 20 anos de reclusão. Há um excesso punitivo neste caso.

Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, a pena abstrata do artigo 273 também fere o Princípio da Proporcionalidade em relação à conduta prevista no art. 273, §1º B, inciso V do CP (ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada.

> É inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do CP - "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" -, devendo-se considerar, no cálculo da reprimenda, a pena prevista no *caput* do art. 33 da

Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4º**.** De fato, é viável a fiscalização judicial da constitucionalidade de preceito legislativo que implique intervenção estatal por meio do Direito Penal, examinando se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. (...)
Sendo assim, em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena de "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" abstratamente cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, V, do CP, referente ao crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada. Isso porque, se esse delito for comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas (notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública), percebe-se a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do CP, sobretudo após a edição da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que, apesar de ter aumentado a pena mínima de 3 para 5 anos, introduziu a possibilidade de redução da reprimenda, quando aplicável o § 4º do art. 33, de 1/6 a 2/3. (...)
De mais a mais, constata-se que a pena mínima cominada ao crime ora em debate excede em mais de três vezes a pena máxima do homicídio culposo, corresponde a quase o dobro da pena mínima do homicídio doloso simples, é cinco vezes maior que a pena mínima da lesão corporal de natureza grave, enfim, é mais grave do que a do estupro, do estupro de vulnerável, da extorsão mediante sequestro, situação que gera **gritante desproporcionalidade no sistema penal** (STJ, Informativo 559, 2015, grifo nosso).

Neste mesmo viés, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, manifestou pela inconstitucionalidade da aplicação da pena abstrata prevista no artigo 273 em relação à conduta de importar medicamento sem o devido registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (art. 273, § 1º B, inciso I, CP), considerando a nítida violação do Princípio da Proporcionalidade.

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO SANITÁRIO. EXAME DE PROPORCIONALIDADE DA PENA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.
> 1. A decisão recorrida declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, cuja pena cominada é 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que importam medicamento sem registro na ANVISA (art. 273, § 1º-B, do CP).
> 2. O Tribunal de origem afirmou que **viola o princípio da proporcionalidade** a cominação de pena elevada e idêntica para uma conduta completamente diversa daquela praticada por quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, do CP). Em razão disso, indicou que a conduta do § 1º-B, I, do art. 273, do Código Penal, deve ser sancionada com base no preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.
> 3. Constituem questões constitucionais relevantes definir (i) se a cominação da pena em abstrato prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade; e (ii) se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena pela importação de medicamento sem registro.
> 4. No caso de aplicação do art. 273, § 1º-B, do Código Penal devem ser observadas as consequências do

> julgamento da arguição de inconstitucionalidade pela Corte Especial deste Tribunal, quais sejam, a depender da quantidade e destinação dos medicamentos internalizados: aplicação integral do art. 273 do Código Penal; aplicação do preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006; desclassificação para o art. 334-A do Código Penal; ou aplicação do princípio da insignificância.
> 5. Nos casos de internalização de média quantidade de medicamentos, com razoável exposição da sociedade e da economia popular a eventuais danos, os fatos amoldam-se ao crime previsto no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, com aplicação do preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006 (STF, RE 979.962/RS, 2021, grifo nosso).

Por mais difícil que seja, é necessário medir o custo das penas, principalmente às privativas de liberdade, afinal mesmo uma pena breve pode causar, ainda que seja em caráter de desonroso, uma aflição superior à vantagem proporcionada inclusive pelos delitos relevantes

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Proporcionalidade é ao mesmo tempo legitimador da atuação estatal e limitador dela e está diretamente ligado aos Princípios da Dignidade Humana, da Intervenção Mínima, da Individualização das Penas e da Insignificância.

O Princípio da Proporcionalidade vai muito além da "pena deve ser proporcional ao crime". A proporcionalidade da pena deve ser observada em sua formulação legal, em sua aplicação no caso concreto e até em sua execução (cumprimento), em conjunto com suas finalidades.

A formulação de uma lei protegendo um bem patrimonial, por exemplo, com a pena maior de que o crime de homicídio. O bem jurídico "vida" é mais relevante do que o "patrimônio" sendo

irracional a punição mais branda ao homicida. Do mesmo modo, seria desproporcional a aplicação de pena por um crime culposo como se doloso fosse.

Em todo o trâmite, da formulação à aplicação da lei e sua efetiva execução, a proporcionalidade deve ser observada sob pena de retrocesso social. Então, a proporcionalidade deve ser respeitada tanto pelo legislador quanto pelo magistrado.

Deste modo, os julgadores devem ser imparciais e não podem ser arbitrários, sendo suas decisões devidamente fundamentadas seguindo o sistema trifásico e respeitando a proporcionalidade e a dignidade humana. A fixação da pena concreta está intimamente ligada à individualização da pena e esta pena deve ser diretamente proporcional à gravidade do crime cometido.

Este é um princípio de extrema importância a um Estado Democrático de Direito e sua aplicabilidade é indispensável. A aplicação deste princípio em simetria com a realidade, facilita alcançar o ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O Princípio da Proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 45, p. 273 a 315, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** - parte geral. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Código Penal.** 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 17 Jul 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 17 Jul 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 Jul 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** - Parte geral. Vol. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado:** parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 22. ed. Niterói/RJ: Ímpetus, 2020.

MARQUES, Fernando Tadeu; TASOKO, Marcelle Agostinho. O princípio da proporcionalidade em Direito Penal e Direito Processual Penal. **Jus Humanum – Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Cruzeiro do Sul**. São Paulo, v. 1, n. 3, p. 22 a 30, Jan./Jun. 2014. Disponível em: https://revistapos.cruzeirodosul.edu.br/index.php/jus_humanum/article/view/883/699. Acesso em: 22 Jul 2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts 1º a 120). Vol. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Informativo 559 de 06 a 16 de abril de 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprdencia/exteno/informativo/?ac-ao=pesquisar&proc=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 Jul 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 979.962/RS.** 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=7646814>. Acesso em: 20 Jul 2022.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Criminal 1.0079.18.004989-6/001**. Julgado em29.06.2022. Disponível em: <ttps://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.

jsp?listaProcessos=10079180049896001>. Acesso em: Acesso em: 20 Jul 2022.

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Alysson Rafael dos Anjos[17]

RESUMO: O Princípio da Individualização da Pena é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, XLVI, da CR. Segundo seu preceito, as sanções jurídicas de natureza criminal a serem estipuladas, aplicadas e executadas devem respeitar a condição humana do apenado, de forma proporcional, evitando o arbítrio estatal. Desta forma, reconhecendo, desde já, a falibilidade da pena privativa de liberdade, vetor sancionatório punitivo criminal, não só no Brasil, mas em todo o mundo, o presente artigo pretende realizar uma análise acerca de referido princípio, perpassando por seus distintos âmbitos de aplicação (legislativo, judicial e executório) com a finalidade de avaliar a possibilidade de a individualização da pena ser desempenhada de forma coerente com respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Individualização da pena. Garantia individual. Direitos Humanos. Pena privativa de liberdade. Execução penal.

INTRODUÇÃO

O breve estudo a ser desenvolvido adiante tratará sobre o Princípio da Individualização da Pena. Para tanto, não se pode ignorar que a pena privativa de liberdade ainda é a força motriz do sistema sancionatório criminal infraconstitucional, não obstante a Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar da individualização da pena em seu art. 5º, XLVI, ter elencado outras quatro modalidades distintas (perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de

17 Advogado. Costa, Mariano & Anjos Advogados. Graduado em Direito pela Fundação Pedro Leopoldo. Especialista em Direito Processual Penal pelo Círculo de Estudos pela Internet (CEI); Especialista em Ciências Penais pela PUC/MG. E-mail: alysson.anjos@advogadoscma.com.br

direitos), e principais, de penas a serem aplicadas no sistema jurídico pátrio.

Por não ser objeto da presente análise, não se aprofundará nesta perspectiva histórica da punição e muito menos acerca da finalidade da pena em si, assuntos extensos e tortuosos. Mas, de toda forma, impende mencionar que a punição acompanha a sociedade desde os seus primórdios, seja como vingança privada, vingança pública ou sancionamento jurídico inserido no contexto das sociedades contemporâneas.

Não há como desenvolver o tema proposto sem ter em mente a manifesta falibilidade da pena privativa de liberdade como sanção criminal preferencial do sistema punitivo, a qual é focada no tempo linear de cumprimento de pena, referente a aludida restrição de liberdade.

Assim, para que se possa analisar o exercício da individualização da pena, em seus âmbitos legislativo, judicial e executório, será utilizado como marco primordial a dignidade da pessoa humana, como fator inibitório do abuso do poder de punir do Estado e com a finalidade de atingir o objetivo de reduzir o número de reincidência criminal.

1 POR QUE PUNIR?

Inicialmente, cabe ponderar ser incontroverso que a vida em sociedade é complexa e demanda intensa e extensa força política e jurídica com a finalidade de regulação do convívio, com o fito de evitar o abuso do direito e, também, limitar o arbítrio do poder coercitivo estatal.

Não se pode ignorar, contudo, que mesmo antes da sociedade regulamentar sua infindável gama de relações individuais, coletivas e internacionais, sempre houve punição *latu sensu*.

Referida modalidade era baseada no castigo divino, como meio de expiação de um mal e purificação da alma do infrator ou necessariamente no castigo particular, visando revidar ações do

indivíduo em seu próprio grupo social, ou, ainda, caso praticado por indivíduo pertencente de grupo social diverso, na forma de repreensão direta àquele ou mesmo ao seu grupo, o que se caracterizava, via de regra, pela utilização da violência de forma desmedida (MARTINELLI; BEM, 2020, p. 74-77).

Destarte, frente ao grau de violência indiscriminada que a situação acima era capaz de impor socialmente, sobreveio a Lei de Talião, primeiro marco histórico de proporcionalidade a impelir a imposição de limitação ao poder de punir, pois, mesmo mantendo caráter aflitivo da punição, intentava especificar o castigo para cada conduta (BITTENCOURT, 2008, p. 29).

Mais a mais, a sociedade, europeia, caminhou para a centralização do poder na mão do soberano, rei, ao qual, como representante de Deus na Terra, era competente na aplicação da sanção, sem limitações, a não ser sua vontade, pois pretendia, em verdade manter o poder em suas mãos (BITTENCOURT, 2008, p. 35-37).

É oportuno, mencionar que “de qualquer modo, em nenhuma dessas fases de vingança houve a ruptura com o caráter religioso da sanção penal, menos ainda se reconheceu a responsabilidade individual penal” (RIBEIRO, 2016, p. 60).

Em resumo, em sede de vingança privada, a punição se caracterizava pelo ato de retaliar prévia agressão sofrida, contudo, sem qualquer preocupação quanto à proporcionalidade deste ato.

Como se não bastasse, em nenhuma das formas de imposição de punição acima citadas a privação de liberdade fora utilizada com a finalidade sancionatória, mas, apenas, como meio para garantir a execução da pena corporal ao infrator.

Desse modo, somente após diversas insurreições e através de conquistas paulatinas, mas não menos importantes ao interesse da burguesia, classe social ascendente, especialmente através do movimento filosófico conhecido como Iluminismo, e mediante a queda dos governos monárquicos, passou-se a se pensar na responsabilidade penal individual e a romper com o caráter religioso da punição, até então arraigado a ela (MARTINELLI; BEM, 2020, p. 77-78).

Ato contínuo, o direito imergiu como ciência social.

E dessa forma, diversos pensadores de referido contexto histórico se propuseram a discutir a forma desproporcional e abusiva da punição, visando, assim, ao constituir um Estado laico, trazer mais humanidade ao cumprimento da pena (MARTINELLI; BEM, 2020, p. 77-80).

Assim, o centro gravitacional punitivo migrou da violência corporal, para a imposição de pena privativa de liberdade ao condenado.

Neste ínterim, pode-se afirmar os seguintes motivos fundamentadores da utilização do tempo linear como medida punitiva:

> O primeiro atributo do castigo centrado no tempo linear era de que seus efeitos atingiriam a todos indistintamente, uma vez que todos os cidadãos, independente da condição social, racial, sexual ou outra qualquer, possuíam e podiam dispor da mesma medida de sua liberdade e tempo.
> Depois, em segundo lugar, vem o atributo de que os castigos baseados no tempo possuem objetividade e solidez, em que a ideia era de que o castigo fosse tão severo quanto o delito praticado, uma medida correta de proporcionalidade na aplicação da pena. O próximo atributo está na estrutura social do tempo, que confere ao encarceramento sua qualidade social ao se estabelecer em alternativa aos bárbaros sistemas anteriores de apenamento, cujas formas de castigo centravam no corpo físico do indivíduo. Já o quarto atributo do castigo baseado no tempo era a suposta possibilidade de quantificação mais inteligível, pois a característica utilitária da pena facilitava a sua distribuição na execução, ou seja, inclusive se podia – e hoje ainda pode – ganhar tempo, com a prática de trabalho, estudo ou bom comportamento. (MATTHEWS, 2003, *apud* LOVATTO, 2020, p. 157).

Portanto, dentre as diversas searas do direito que intentam regular a vida em sociedade, se encontra o direito penal, o qual, por sua vez, é o detentor de sanções jurídicas mais invasivas e aflitivas existentes, pois, via de regra exerce limitações, na maioria das vezes, drásticas, tanto à liberdade do ser humano, quanto, infelizmente, de forma reflexiva, a vários outros direitos fundamentais da pessoa privada de sua liberdade.

Isto posto, no atual estágio da evolução científica/dogmática do direito penal, pode-se afirmar que a punição se fundamenta como meio de proteção dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade, devendo sempre serem observados os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e atentos à dignidade humana do apenado.

Ou seja, a sanção penal deve ser a *ultima ratio* do sistema jurídico, com a finalidade de manter sua integralidade social, quando os demais ramos do direito não sejam suficientes a fazê-lo, mas, o fazendo, nos limites da constituição, dos tratados de direito internacional e da legalidade.

2 FASES DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Defronte a resposta do porque punir, imperioso trabalhar sobre as fases da individualização da pena.

O Princípio da Individualização da Pena é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, XLVI, da CR, podendo-se afirmar que estabelece que as sanções jurídicas de natureza criminal a serem previstas, aplicadas e executadas, respeitem a condição humana do apenado de forma proporcional, evitando o arbítrio estatal.

Nesse sentido, é importante asseverar que

> O princípio da individualização da pena, consagrado no inciso XLVI do artigo 5.º da Constituição, impõe que as sanções penais sejam fixadas, aplicadas e executadas de modo justo e proporcional, tendo em conta aspectos objetivos (natureza e circunstâncias

do delito) e subjetivos (características pessoas do infrator) do crime. (NOVELINO, 2021, p. 455)

Assim, a individualização da pena é efetivada em 03 (três) fases distintas: legislativa, judicial e executória, cada qual possuindo uma ligação com outros Princípios do direito penal, com a Legalidade, Culpabilidade, e Humanidade, conforme será exposto a seguir.

2.1 FASE LEGISLATIVA

A fase legislativa da individualização da pena se caracteriza pela seleção de condutas, comissivas ou omissivas, que violem, gravemente, bens jurídicos indispensáveis ao ser humano, sendo imperiosa, portanto, a criação de tipos penais.

Deste modo, após o legislador definir quais condutas devem ser tipificadas penalmente, e descrever seu preceito primário, deverá estipular qual penalidade corresponderá, de forma proporcional, a referida conduta humana.

Esta estipulação dependerá da importância condescendida ao bem jurídico tutelado.

Quanto mais leve for a violação, mais distante deverá ser a necessidade de imposição da pena privativa de liberdade, podendo-se determinar, de forma direta, as penas de perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Ou seja, o bem jurídico se apresenta como orientação e, de mesma forma, como limitação do exercício do poder punitivo.

Cita-se, como exemplo a existência de diversas contravenções penais que preveem a aplicação da pena exclusivamente de multa ou essa de forma alternativa à pena de prisão simples, como no caso dos art. 21 (vias de fato), do Decreto-Lei nº. 3.688/41. (BRASIL, 1941)

Pode ser mencionado, ainda, o art. 28, da Lei nº. 11.343/2006, o qual prevê sanções criminais de prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL, 2006)

Contudo, apesar da impossibilidade de se aprofundar no tema, pois afeto aos princípios da intervenção mínima do direito penal, registra-se que quando se pensa no conceito de existência de punição no âmbito criminal, não se pode aceitar, salvo melhor juízo, a repreensão de todas, ou no mínimo da imensa maioria das contravenções penais em vigor e, de mesmo modo, do porte de drogas para o consumo pessoal.

Sobre esse último, inclusive, vale a pena mencionar que resta pendente o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 635.659/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, detentor de repercussão geral devidamente reconhecida, de nº. 506. (STF, 2012)

A tese enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal é de que o art. 28, da Lei nº. 11.343/2006 viola a norma contida no art. 5º, X, da CR. Em referidos autos já foram proferidos, inclusive, 03 (três) votos, todos eles no sentido de declarar a inconstitucionalidade do supracitado tipo penal.

Portanto, como a fase legislativa se caracteriza pela seleção dos bens jurídicos mais importantes para o ser humano, aludida proteção penal de bens jurídicos, mesmo que coletivos deve seguir a Teoria Monista Personalista do Bem Jurídico.

Desta forma, sempre se deve prestigiar o indivíduo, pois a partir de sua valorização será possível ponderar se há necessidade de proteção penal do bem jurídico, como, por exemplo, no caso do porte de drogas para consumo próprio, a saúde pública, pois nesta perspectiva, aludida conduta apenas deveria ser tutelada indiretamente, de forma mediata, e somente na medida do necessário para a manutenção dos interesses individuais e, principalmente, sem intervenção da seara criminal

Feita estas breves ponderações, deve-se avançar no assunto em discussão.

Já fora tratado sobre a forma de apenamento de condutas menos ofensivas aos bem jurídicos. Todavia, caso o legislador entenda que as penas diversas da prisão, constitucionalmente previstas, não são suficientes à tutela dos bens jurídicos selecionados, deverá haver previsão, no preceito secundário do tipo penal, da quantidade de pena

mínima e máxima de pena privativa de liberdade a ser imposta como sanção ao possível agente.

Ademais, entendendo o legislador acerca da necessidade de previsão da imposição de pena privativa de liberdade, deverá prever, ainda, o regime de cumprimento de pena e os possíveis requisitos legais para concessão de direito de substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos, como previsto no art. 44 e seguintes do CP, ou como forma de suspensão de sua execução, como no caso do *sursis*, previsto no art. 77 e seguintes do CP. (BRASIL, 1940)

Portanto, sobre a fase da cominação das penas, se pode resumir que

> A esta fase seletiva, realizada pelos tipos penais no plano abstrato, chamamos de cominação; É a fase na qual cabe ao legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo direito penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com sua importância e gravidade. (GRECO, 2018, p. 119-120)

Por fim, cabe ponderar que a fase legislativa, por obviedade é intrinsecamente ligada ao princípio da legalidade, haja vista que apenas após a observância do devido processo legislativo é que a seleção de condutas prejudiciais a bens jurídicos vitais ao ser humano poderá viger seus efeitos no que tange à tipicidade formal penal.

2.2 FASE JUDICIAL

A fase judicial da individualização da pena é vocacionada ao judiciário, ao qual, após receber a pretensão acusatória e, depois de transposto o devido processo legal, reconhecendo estarem reunidas a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade do agente, competirá à aplicação da pena para o caso concreto, o que deve ser expressado na

fundamentação da sentença penal condenatória, conforme definido pelo art. 387, do CPP. (BRASIL, 1941)

Para tanto, caberá ao magistrado efetivar a dosimetria da pena, a qual se mantém como tema dos mais espinhosos da Teoria da Pena, e não será aprofundado nesta oportunidade por ser demasiadamente extenso e, também, por fugir ao cerne do assunto desenvolvido.

De toda forma, existem excelentes trabalhos sobre a dosimetria da pena como, por exemplo, a obra *Penas e medidas de segurança*, de André de Abreu Costa (2018), cuja leitura, desde já, é recomendada para quem pretende aprofundar os estudos neste particular.

Caberá ao magistrado, realizar a aplicação da pena, avaliando qual tipo de sanção prevista no preceito secundário do tipo penal objeto do sancionamento será apropriada ao caso, tudo isso perpassando pelo método trifásico previsto no art. 68, *caput*, do CP. (BRASIL, 1940)

Desse modo, para a aplicação da pena base, o magistrado avaliará as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e assim, dentre as penas previamente cominadas deverá aplicar a sanção adequada.

Portanto, sendo o caso de aplicação de pena privativa de liberdade deve-se ter atenção aos patamares mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo penal para determinação da quantidade de pena suficiente a reprovar e prevenir o crime.

Logo após, para aplicação da pena intermediária, deverão ser levadas em consideração as circunstâncias legais, agravantes e atenuantes.

É imperioso lembrar que, nos termos do art. 67 do CP, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (BRASIL, 1940)

Em seguida, para imposição da pena definitiva, o magistrado terá que observar a existência de causas de aumento ou de diminuição de pena, valendo registrar que existem as causas gerais, que estão localizadas na parte geral do Código Penal e as causas especiais, as quais se se encontram previstas na parte especial do Código Penal,

bem como na legislação extravagante que trate dos crimes específicos não abarcados pelo Código Penal.

Não sendo despiciendo mencionar que as causas gerais de aumento e diminuição são de aplicação obrigatória.

No que se refere a das causas especiais, havendo concurso de causas de aumento ou de diminuição, o magistrado pode limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua, nos termos do art. 68, parágrafo único, do CP. (BRASIL, 1940)

Em se tratando da imposição de pena privativa de liberdade, após chegar à quantidade final de pena de prisão a ser cumprida, o magistrado deverá determinar qual será o regime inicial de cumprimento de pena, observando o disposto no art. 33, do CP. (BRASIL, 1940)

Aqui é importante pontuar sobre a existência das Súmula 440 do STJ[18] e Súmulas 718[19] e 719[20], do STF, as quais vedam a imposição de regime prisional mais gravoso do previsto em lei, sem que haja motivação idônea condizente com as especificidades do caso.

Após determinada a quantidade de tempo de pena de prisão a ser cumprida, bem como o regime inicial de sua execução, o magistrado deverá analisar se há possibilidade de se efetivar a substituição da pena privativa da liberdade, aplicada, por alguma ou algumas das espécies das penas restritivas de direitos, se cabível, ou se será o caso da suspensão condicional da execução da pena.

Por fim, vale ponderar que na fase judicial, o princípio da individualização da pena se correlaciona aos princípios da legalidade bem como com os da anterioridade e irretroatividade da lei penal, pois

18 Súmula 440, STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

19 Súmula 718, STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

20 Súmula 719, STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

não há crime sem lei anterior que o defina, nem mesmo sem prévia cominação legal. Também se encontra estreitamente vinculado ao princípio da culpabilidade, em face de ser o momento específico para apurar questões de cunho pessoal que possam sem capazes de elevar ou diminuir a necessidade do apenamento.

2.3 FASE EXECUTÓRIA

A fase executória da individualização da pena é de responsabilidade do poder executivo, o qual administra os estabelecimentos penais para cumprimento de penas, mediante fiscalização do poder judiciário, sendo este o responsável pela análise de toda evolução da execução da pena no curso da execução.

Compete fazer duas ressalvas sobre a administração dos estabelecimentos penais.

O primeiro é acerca das APAC's, as quais são pessoas jurídicas de direito privado, que se dedicam à reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. Assim, referidas entidades se apresentam como alternativa ao regime penitenciário, no cumprimento da pena de prisão, auxiliando o judiciário e o executivo, respectivamente, na execução penal e na administração do cumprimento das penas. (TJMG, 2022)

A segunda é relativa às PPP's (Parceria Público-Privada), uma modalidade de contrato de longo prazo pelo qual a iniciativa privada presta serviços predeterminados à administração pública, de acordo com a Lei nº. 11.079/2004. (BRASIL, 2004)

O modelo de PPP, na modalidade de Complexo Penal, ainda não é muito utilizado no Brasil. Neste modelo, a iniciativa privada se responsabiliza pela construção e operação dos serviços de manutenção e de assistência ao preso, competindo ao poder executivo realizar a fiscalização desses serviços e prover a segurança da unidade prisional.

Feitas essas ponderações, volta-se ao tema.

Destarte, nesta fase da individualização da pena, após o trânsito em julgado da condenação, haverá a definição do estabelecimento penal no qual a pena privativa de liberdade será inicialmente cumprida, levando-se em consideração a natureza da infração penal, idade, sexo do apenado e seu comportamento, nos termos do art. 5º, XLVIII, da CR e do art. 5º, da Lei nº. 7.210/84. (BRASIL, 1988, 1984)

Assim, realizada a classificação do condenado, esse cumprirá sua pena sob o regramento previsto pela Lei de Execução Penal, a qual regula a evolução progressiva do cumprimento da pena privativa de liberdade, relacionando-a a um requisito objetivo, tempo de cumprimento de pena em cada regime, e subjetivo, bom comportamento carcerário.

Contudo, infelizmente, o caminho percorrido na execução da pena privativa de liberdade é periclitante, fazendo surgir diversas violações à dignidade humana dos condenados, o que impossibilita a efetivação do objetivo da prescrito no art. 1º, da lei nº. 7.210/84, qual seja, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, e via de consequência, frustra os objetivos da individualização da pena em si. (BRASIL, 1984)

Vê-se, portanto, estreita ligação na fase executória ao princípio da humanidade das penas, o que, na prática, infelizmente, não impede o abuso do poder de punir e a violação da dignidade humana do condenado à pena privativa de liberdade.

Desta forma, é salutar questionar o papel exercido pela pena de prisão como centro gravitacional da individualização da pena, o que será procedido a seguir.

3 A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA FASE EXECUTÓRIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Como já exposto alhures é indiscutível que a prisão ainda se sustenta como ponto central dos meios de apenamento hodiernos. Mas, como sabido, a pena privativa de liberdade não é capaz de

proporcionar a integração do condenado à sociedade e muito menos evitar a reiteração criminosa.

Nesse sentido, tem-se que

> Enfim, o sistema penal representado pela prisão e instituições conexas consome os sujeitos criminalizados mediante supressão da liberdade e outros direitos não especificados na condenação, como direitos políticos, sociais e individuais de dignidade, recreação informação etc. A prisão, justificada pelo discurso penal da *retribuição* e de *prevenção* do crime, é um mecanismo expiatório que realiza a troca jurídica do crime em tempo de liberdade suprimida, acoplado a um projeto técnico-corretivo de transformação individual, com regimes diferenciados de execução penal. O projeto técnico-corretivo da prisão, cuja história registra 200 anos de fracasso reconhecido, marcado pela reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado – o célebre isomorfismo reformista de FOUCALT –, caracteriza-se por uma eficácia invertida, com a reprodução ampliada da criminalidade pela introdução de condenados em carreiras criminosas. (SANTOS, 2020, p. 37)

Portanto, não só a pena privativa de liberdade, mas o sistema prisional, em si estão obsoletos e não conseguem cumprir nem mesmo o mínimo legal previsto na legislação vigente.

Tal fato fora reconhecido, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal ao declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, ao conceder, parcialmente, medida liminar nos autos da ADPF nº. 347 MC/DF, proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (STF, 2015).

O Plenário do STF deliberou pelo reconhecimento da existência de manifesta violação de direitos fundamentais dos presos no sistema prisional brasileiro, pois as penas privativas de liberdade executadas

nos estabelecimentos prisionais são efetivadas de forma contrária ao disposto no art. 5º, XLV, XVLI, XVLII, XVLIII e XLIX da CR.

Assim, reconheceu-se, ainda, que a execução da pena de prisão viola dispositivos constitucionais, supralegais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais (STF, 2015).

Houve, inclusive a edição da Súmula Vinculante de nº. 56, a qual disciplinou que ante a ausência de estabelecimento penal adequado não é permitida a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo ser observada, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS (STF, 2016).

Sendo oportuno mencionar, inclusive, que a situação vivenciada no Brasil viola, expressamente, pelo menos as Regras de nº. 1 e 3 do instrumento *soft law*[21] internacional conhecido com as Regras de Mandela. (CNJ, 2019).

A responsabilidade por aludida situação catastrófica é solidária aos entes responsáveis pela individualização da pena. O legislativo, por agir de forma irresponsável na utilização do direito penal, olvidando se seu caráter fragmentário.

Ou seja, o Poder Legislativo vem utilizando de sua função normativa para criação cada vez maior de uma legislação penal simbólica, com a produção diuturna de novos tipos penais, via de regra sem vítimas diretas ou de perigo abstrato.

Ademais, como se não fosse suficiente, o legislador estabelece, a todo momento, o recrudescimento do apenamento de infrações penais já existentes ou tornam ainda mais rigorosa a forma de execução das penas privativas de liberdade impostas.

O Judiciário, por sua vez, age em duas frentes, contribuindo para manutenção desta situação desesperadora.

---

21 Normas de direito internacional que não possuem força vinculante.

Em primeiro lugar, muitas vezes os magistrados ignoram a jurisprudência e inclusive matéria sumulada (até mesmo de forma vinculante) emitida pelos tribunais superiores, vindo a impor condenações em casos nos quais a aplicação subsidiária do direito penal não deveria penetrar ou, em sendo o caso de necessidade da sanção penal, acaba aplicando a pena de forma desproporcional ao ato praticado, baseado em argumentos genéricos, via de regra, relacionados à gravidade abstrato do fato ou à suposta periculosidade do agente, muitas vezes baseada friamente na existência de reincidência delitiva.

Em segundo lugar, o Judiciário incorre na má fiscalização do cumprimento da pena privativa de liberdade, ignorando as situações ilegais e desumanas na execução do apenamento.

Já o Executivo não concede a atenção e nem mesmo direciona recursos suficientes para concretização de políticas públicas comprometidas com a disponibilização do mínimo existencial aos cidadãos, a fim de garantir um núcleo básico de direitos suficientes a assegurar as necessidades básicas do ser humano.

Em complemento, efetiva a execução da pena privativa de liberdade de forma desumana, em estabelecimentos prisionais insalubres, com superpopulação carcerária, sendo esta última, inclusive, decorrente da inflação legislativa criminal simbólica e pelo excessivo punitivismo judiciário.

É a simbiose do caos!

Em face desta situação, é possível afirmar que:

> Foucault (1998) tinha razão quando advertia que a pena de prisão não humanizou o direito penal, mas veio como um alívio, uma forma de não ferir os olhos delicados do juiz e da sociedade com tanto suplício. Varrem-se para debaixo do tapete o suplício e o sofrimento que o acompanha, os quais continuam, mas agora fora de nossas sensíveis vistas. (VALOIS, 2020, p. 101)

Destarte, não se pode coadunar com a prática de ilegalidades por parte do Estado frente a franca violação da dignidade da pessoa humana no curso da execução da pena privativa de liberdade, ou seja, durante a sua fase executória de individualização.

Infelizmente, ainda há muita passividade dos poderes Legislativo, esse por questões eleitoreiras, pois, via de regra, assuntos relacionados à execução penal não geram intenção de votos, e do Judiciário, o qual venda os olhos e faz ouvidos moucos para as manifestas violações da dignidade humana produzidas diariamente nos interiores das prisões.

Todavia, como já dito, tal situação não pode ser admitida.

Defronte a este estado caótico de diuturnas violações à dignidade da pessoa humana na etapa executória da individualização da pena, compete citar Alejandro W. Slokar, o qual sugere que a individualização da pena deve observar o passado, o presente e o futuro, fazendo, para tanto, inclusive com a perspectiva de uma avaliação da culpabilidade por vulnerabilide do agente em três momentos distintos.

Deste modo, Alejandro W. Slokar explica que

> Este esquema complejo, integrado y abierto de culpabilidad por la vulnerabilidad conforme al diseño tripartito, quedaria integrado del seguiente modo: 01) *culpabilidad por el injusto* (em donde la posiícion temporal ante el ilícito es el durante, el ahora) (ES). 02) *culpabilidad por quantitficación.* a) juicio de compensasión por posición o estado de vulnerabilidad (em donde, sin perjuicio de pautas de descuento "a priori" em mérito de juicio futuro, la posición temporal ante el ilícito es prioritariamente el pasado, el antes) (FUE).b) juicio de adequación por variación de la pena (posición temporal superado el olícito es el futuro, el después) (SLOKAR *apud* VACANI, 2019, p. 38)

Vale elucidar que essa culpabilidade por vulnerabilidade mantém suas raízes associadas aos ensinamentos desenvolvidos

por Rául Eugênio Zaffaroni (1991). Desta forma, a culpabilidade por vulnerabilidade se subdividiria em dois grupos.

O primeiro caracterizado por uma posição ou estado de vulnerabilidade, predominantemente social, consistente no grau de risco a todos os tipos de mazelas, pelo simples fato de pertencer a um grupo ou classe social (VACANI, 2019).

O segundo, é caracterizado por um esforço pessoal do indivíduo, com fundamento em seu comportamento, em se expor a situações de vulnerabilidade, inclusive no que se refere à prática de fatos criminosos (VACANI, 2019).

Assim, essa forma de culpabilidade por vulnerabilidade serviria como um modo de quantificação da pena, desde a análise do passado, prática do fato, perpassando pela avaliação judicial da responsabilidade do agente, presente, até culminar no momento da execução da condenação, futuro.

Para tanto, deve-se levar em consideração que o tempo linear estipulado na condenação não equivale ao tempo de encarceramento.

Neste sentido, Alejandro W. Slokar explica que

> Ahora, desde este enfoque es preciso distinguir entre un tiempo físico o formal expresado em la sentencia, que atiende el elemento extensíon o duracíon com detalle de un princcipio a un fin, y el tiempo existencial o material del cumplimiento de la condena, que se ocupa del elemento intensidad de una posicíon puntual y concreta[22]. (VACANI, 2019, p. 40)

Se o tempo social vivenciado extramuros é demasiadamente distinto do tempo intramuros, para o apenado em condições "normais"

22 Ora, a partir desta abordagem é necessário distinguir entre um tempo físico ou formal expresso na sentença, que trata do elemento de extensão ou duração detalhadamente do início ao fim, e o tempo existencial ou material do cumprimento da pena, que trata do elemento intensidade de uma posição pontual e concreta. (tradução nossa)

de execução de uma pena privativa de liberdade, o que dirá em situação de violação de direitos humanos.

Deste modo, Daniel Cabral aponta que

> Luego, si durante la ejecucíon de la pena, el Estado viola sus deberes de proteccíon, la ecuacíon inicial se ve alterada y entonces se impone como necessario restablecer essa *proporcionalidad* ahora quebrantada tras mutar la pena em ilícita[23]. (CABRAL *apud* VACANI, 2019, p. 81)

À vista de todo o exposto, vale citar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), recentemente, editou a Resolução de 22 de Novembro de 2018, na qual, defronte a constatação da existência de severas violações de direitos humanos no interior o Instituto Penal Plácido de Carvalho, proibiu o ingresso de novos presos no aludido local, bem como determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local, salvo nos casos de crime contra a vida ou a integridade física, e de crimes sexuais, em que a diminuição da pena – em 50% ou menos – depende da avaliação em perícia criminológica. (CIDH, 2018)

Referida determinação da CIDH demonstra que a individualização da pena é dinâmica, principalmente da sua fase executória e sempre deve estar atenta para providenciar a adequação do cumprimento de pena privativa de liberdade à realidade vivenciada pelo condenado.

23 Então, se durante a execução da pena o Estado violar seus deveres de proteção, altera-se a equação inicial e então é necessário restabelecer aquela proporcionalidade ora quebrada após a alteração da sentença ilegal. (tradução nossa)

4 DA ALTERAÇÃO DO VETOR SANCIONATÓRIO CRIMINAL: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NÃO É A MELHOR OPÇÃO DE SANÇÃO

Como visto, a pena de prisão efetivada nos estabelecimentos prisionais não cumpre o objetivo ressocializador que lhe é atribuído. Pelo contrário, a privação da liberdade do condenado viola a sua dignidade humana e elevam a taxa de reincidência criminal.

Desta forma, é possível notar que a própria atribuição de uma finalidade ressocializadora à pena privativa de liberdade é problemática.

Nesse sentido, cabe mencionar que

> A ressocialização foi um projeto de humanização do direito penal, mas não uma prática cientificamente comprovada. E se o plano de humanizar o direito penal assumindo a pena de prisão como um dos instrumentos válidos já é contraditório, acrescentar a ressocialização como item humanizador da prisão é mais grave, porque acaba legitimando, reforçando mesmo, a pena de prisão como sanção coerente para o sistema (VALOIS, 2020, p. 98-99).

E, de modo ainda mais impactante, no que diz respeito as funções da ressocialização, se pode concluir que ela se trata de

> Mercadoria multifuncional que tem várias utilidades, a palavra *ressocialização* serve para dar um fundamento moral para a pena de prisão, serve para transferir a culpa da reincidência ao próprio preso, legitima o direito de punir, mantém viva uma sanção falida, serve para camuflar o verdadeiro intento de tão somente excluir. (VALOIS, 2020, p. 110)

As condições de cumprimento da pena privativa de liberdade, reconhecidamente ilegais, inconvencionais e inconstitucionais, ratificam as assertivas citadas. A pena de prisão, marco histórico da humanização da punição, está saturada, inadequada aos fins que manifesta servir.

Um verdadeiro conceito de ressocialização deve se ater ao respeito pelo caráter humano da punição, enxergando o apenado como sujeito de direitos que é, e não como mero objeto da execução.

Deste modo,

> Com a reinterpretação do conceito e levando-se em consideração a realidade prisional, a impossibilidade fática da *ressocialização* entre grades e muros, o termo *ressocialização* deve ser entendido como *necessário respeito à dignidade humana da pena.* Desta forma, abre-se espaço para que a finalidade preventiva da pena, prevista na lei, seja entendida conforme a realidade, ou seja, sempre na direção de se considerar a pena de prisão *ultima ratio.* (VALOIS, 2020, p. 153)

E aqui está o direcionamento que se deve conceder para a individualização da pena do condenado, o que somente poderá ser efetivado com a expurgação da pena privativa de liberdade do centro gravitacional do sistema penal.

Nesse sentido deve-se ponderar que:

> Esta afirmação conduz a não despenalizar os crimes, no sentido de que é preciso haver alguma sanção a quem não age conforme o direito estabelecido. Mas a ideia de *ultima ratio,* contudo, não deve ser vista somente sob o enfoque da aplicaçao do direito penal. Deve ocorrer também na aplicação da pena, em que a pena de prisão, de encarceramento, pela sua gravidade, deve também ser a Iultima ratio Idas penas. Assim, sendo, não há razão em prever a prisão

> como a primeira opção do legislador. (LOVATTO, 2020, p. 88-89)

Portanto, o que se pretende explicar é que a dignidade da pessoa humana deve ser o parâmetro da individualização da pena e não se conseguirá efetivar a integração social do apenado, bem como reduzir os índices de reincidência insistindo na falida privação de liberdade. Isto já está demonstrado.

Entretanto, deve-se ressaltar que apesar de serem necessárias grandes reformas na legislação infraconstitucional, esse não deve ser o marco normativo.

O próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil já disponibiliza elementos para que se possa alterar o rumo da individualização da pena efetivada atualmente.

Como visto, o art. 5º, XLVI, da CR prevê, além da pena privativa de liberdade, outras quatro formas menos invasivas de sanção criminal: perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL, 1988)

É verdade que o constituinte, equivocadamente, ou não, posicionou a pena privativa de liberdade como primeira opção sancionatória, ou seja, como verdadeiro vetor de apenamento.

Contudo, na atual conjuntura, chegou o momento de reinterpretar o texto normativo, haja vista existir evidente tensão entre a realidade e a norma, manifestamente ocasionada pelo decurso do tempo, pela evolução da sistemática relacionada à individualização da pena e em face dos já comprovados efeitos nefastos causados pela privação da liberdade.

Neste sentido deve-se reconhecer a mutação constitucional do texto do art. 5º, XLVI da CR.

Impende explicar que:

> O conceito de mutação foi introduzido por Laband e, posteriormente, desenvolvido por Jellinek, em contraposição à reforma. Enquanto esta é vinculada

> por meio de procedimentos formais (CF, art. 60), a mutação se manifesta por processos informais de modificação do conteúdo da constituição sem alteração do seu texto. (NOVELINO, 2021, p. 157)

E cabe arrematar sobre o tema, expondo que:

> Em regra, a nova interpretação é implementada com o intuito de compatibilizar o conteúdo da constituição às transformações políticas, sociais e econômicas ocorridas na sociedade. Isso não significa, entretanto, que deva ser descartada a possibilidade de influência de outros fatores, tais como a *práxis* do Estado e a concretização de normas da constituição por normas infraconstitucionais (STERN, 1987). A *legitimidade* do fenômeno está diretamente relacionada aos limites textuais contidos no dispositivo interpretado. Não devem ser admitidas mudanças que, a pretexto de atualizar o conteúdo constitucional, extrapolem as possibilidades semânticas de seu texto (...) (NOVELINO, 2021, p. 157)

Logo, não haverá modificação semântica do texto constitucional, este se manterá inalterado. Apenas deverá ser relido, considerando que a pena de prisão, apesar de elencada na alínea “a” do inciso XLVI da CR, não deve ser tida como principal meio de apenamento, mas, sim, como sua *ultima ratio*.

E essa reinterpretação do texto constitucional, por óbvio, deverá influir em todas as 03 (três) fases da individualização da pena.

Caberá ao Legislativo rever a exacerbada legislação penal simbólica produzida, se esforçando para eliminar a criminalização de condutas que não dependem da tutela penal e, quanto as condutas que realmente exponham os bens jurídicos mais importantes ao ser humano à grave risco, as penas deverão ser cominadas de forma a priorizar as penas não privativas de liberdade.

Ao Judiciário competirá observar a escorreita individualização da pena ao caso concreto, de forma promocional ao fato, atentando-se a efetivação da gradação das penas, frente a reinterpretação do texto constitucional.

Mas principalmente deverá o magistrado efetivamente fiscalizar a execução das penas, não se omitindo frente as violações dos direitos humanos, como infelizmente ocorre nos dias atuais.

Ao Executivo, por fim, corresponderá a obrigação de planejar e executar políticas públicas inclusivas, que garantam o mínimo existencial à população, bem como efetivar políticas criminais não voltadas a exclusão social do apenado.

Já na execução das penas privativas de liberdade, as quais, pelo menos por ora, devem ser mantidas para os casos mais graves de infração ao direito, não se pode tolelar a violação da dignidade humana dos condenados. Mesmo a atual situação do sistema penal ser periclitante e, por vezes, se apresentar como irreversível, não se pode se ater a uma visão pessimista.

Apesar dos grandes danos sociais advindos de uma individualização da pena distante do plano ideal de valorização do projeto de vida humana, deve-se persistir em buscar meios de alterar esta realidade.

Nesse sentido, é importante ter em mente que:

> Para nós, a decisão eticamente correta, *escolhe a valorização da vida, apesar da coragem de pensar*. Ter a coragem de pensar e apesar disto, escolher e apostar na vida, é a *atitude de otimismo consciente que assumimos*. Desprezar o otimismo alienado (pela eleição da 'não vida' no mito 'sistema' ou em qualquer outra insensatez, ou pela escolha de não pensar) e *assumir um otimismo consciente, nada tem de 'pessímismo',* apenas implica a proposta de uma tarefa 'pesada', o que não é a mesma coisa. 'Ver' um perigo. Enfrentá-lo e lutar com a convicção de encontrar uma saída, uma alternativa, para

> neutralizá-lo, não é absolutamente 'pessímista', embora seja nitidamente diferente de ignorar o perigo e confiar gratuitamenteem que outros farão 'algo' que o neutralize. (ZAFFARONI, 1991, p. 158)

A jornada a ser trilhada não será curta e simples. Todavia ela pode e deve, sim, ser percorrida, desde de que haja o comprometimento dos poderes e instituições responsáveis pela individualização da pena, pois somente com a valorização do ser humano será possível alcançar uma maior integração social do condenado e reduzir os níveis de reincidência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Individualização da Pena se apresenta como relevante garantia individual do cidadão com a finalidade de limitar o poder punitivo do Estado. Sua efetivação perpassa por três fases distintas e sequenciais, as quais, como visto, a todo o momento de seu desenvolvimento, devem ter por norte, a dignidade da pessoa humana.

A necessidade da existência da punição se fundamenta como meio de proteção dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade, devendo sempre ser observado o Princípio da Intervenção Mínima, atento à dignidade humana do apenado.

Ou seja, a sanção penal deve ser a *ultima ratio* do sistema jurídico e só deve ser acionado quando os demais ramos do direito não sejam suficientes para salvaguardar os bens jurídicos mais importantes.

As funções legislativa, judiciária e executiva são as responsáveis diretas pela implementação do Princípio da Individualização das Penas no plano fático.

O legislativo se apresenta como sendo o responsável pela seleção dos bens jurídicos que merecem a tutela do direito penal, prevendo quais condutas serão consideradas ilícitos penais e determinando quais penas poderão ser aplicadas e por qual limitação mínima e

máxima de tempo, principalmente qual se fala nas penas privativas de liberdade e restritivas de direitos.

Ao judiciário compete efetivar a dosimetria da pena. Para tanto, após o transcurso do devido processo legal, julgando estarem devidamente comprovadas as existências da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, passará a aplicar, ao caso concreto, as sanções penais previstas pelo legislador, levando em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos relacionados ao fato.

Após percorrer o sistema trifásico previsto no Código Penal, após alcançar a pena definitiva, em sendo ela privativa de liberdade, deverá, ainda, estabelecer qual será o regime de cumprimento inicial desta pena, apurar se haverá a possibilidade de sua substituição por penas restritivas de direito ou suspender sua execução.

Havendo o trânsito em julgado da condenação, e, principalmente, tendo sido imposta pena de prisão, competirá ao executivo orientar sua execução nos estabelecimentos penais, sob a supervisão do judiciário, o qual é o único que detém competência para decidir incidentes da execução penal.

Contudo, pôde-se notar que apesar de o art. 5º, XLVI, da CR elencar cinco modalidades distintas, e principais, de sanções criminais para o ordenamento jurídico pátrio, a pena privativa de liberdade continua a exercer a posição de vetor de apenamento. Mas, infelizmente, a execução das penas privativas de liberdade não atende aos anseios humanizadores que lhe foram impingidas.

Em verdade nunca atenderam.

E, pelo contrário, a execução da pena privativa de liberdade coisifica o homem, retirando-lhe o valor humano, humilha e maltrata, enfim, violando sua dignidade.

A situação é tão periclitante que o Supremo Tribunal Federal reconheceu e declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, ao conceder, parcialmente, medida liminar nos autos da ADPF nº. 347 MC/DF, defronte a existência de manifesta violação de direitos fundamentais dos presos no sistema prisional brasileiro, pois as penas privativas de liberdade executadas nos

estabelecimentos prisionais violam o art. 5º, XLV, XVLI, XVLII, XVLIII e XLIX da CR.

Não se pode olvidar, inclusive, que fora editada a Súmula Vinculante de nº. 56, a qual disciplinou que ante a ausência de estabelecimento penal adequado não é permitida a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

O indigesto caos vivenciado na fase executória da individualização da pena, inclusive, teve repercussão no âmbito interamericano dos direitos humanos, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), proibiu o ingresso de novos presos no Instituto Penal Plácido de Carvalho

Toda essa situação catastrófica apenas serve para reafirmar algo que se tem conhecimento a muito tempo: a pena privativa de liberdade não pode continuar sendo o vetor de apenamento.

Nesta perspectiva, sugestiona-se que se expurgue a pena privativa de liberdade do centro gravitacional punitivo. Para tanto, a dignidade da pessoa humana deve ser efetivamente elevada como parâmetro da individualização da pena para que se possa efetivar a integração social do condenado, bem como reduzir os índices de reincidência.

Destarte, deve-se reinterpretar o texto normativo, haja vista existir evidente tensão entre a realidade e a norma, manifestamente ocasionada pelo decurso do tempo e pela evolução da sistemática relacionada à individualização da pena e os comprovados efeitos nefastos causados pela privação da liberdade.

O próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil já disponibiliza elementos para que alterar o rumo da individualização da pena implementada. O art. 5º, XLVI da CR prevê, além da pena privativa de liberdade, outras quatro formas menos invasivas de sanção criminal, as quais são pauperrimamente exploradas.

Sugere-se o reconhecimento da existência da mutação constitucional do texto do art. 5º, XLVI da CR, oportunidade na qual não haverá modificação semântica do texto, este se manterá inalterado. Apenas deverá ser relido, considerando que a pena de prisão, apesar

de elencada na alínea “a” do inciso XLVI da CR, não deve ser tida como o principal meio de apenamento, mas, sim, como sua *ultima ratio*.

E essa reinterpretação do texto constitucional, por óbvio, deverá influir em todas as três fases da individualização da pena, pois em nada adiantará alterar até mesmo o sentido do texto constitucional instituidor do princípio da individualização da pena, se a cultura da indiferença ao suplício se mantiver intacta.

Deste modo, exige-se o comprometimento das funções-poderes da República Federativa, para que os rumos da individualização da pena sejam alterados em busca da maior efetivação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal:** volume 1. – parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.Acesso em: 15 jun 2022.

BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. 1941. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 15 jun 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 jun 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 15 jun 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun 2022.

BRASIL**. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Lei sobre normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 15 jun 2022.

BRASIL. **Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Lei de Drogas**.** Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 15 jun 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Regras de Mandela.** 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 15 jun 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CIDH. **Resolução de 22 de novembro de 2018**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 15 jun 2022.

COSTA, André de Abreu. **Penas e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GRECO, Rogério. **Direito penal** – parte geral. 20. ed. Niterói/RJ: Ímpetus, 2018.

LOVATTO, Daniel Correa. **Tempo como vértice de apenamento** – uma visão dromológica da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal parte geral:** lições fundamentais. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Salvador: JusPodvim, 2021.

RIBEIRO, Marina Perini Antunes. **A individualização da pena** – uma análise sob a ótica da exclusão. Curitiba: CRV, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal** – parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmulas**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037. Acesso em: 15 jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347 MC/DF.** 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665.> Acesso em: 15 jun. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 641.320**. 2016. Rel. Min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE. 159 de 1º-8-2016, Tema 423.Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em: 15 jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmulas**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 15 jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 635659**. 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629388/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-635659-sp-sao-paulo/inteiro-teor-311629398> Acesso em: 15 jun 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Saiba mais sobre a APAC**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/saiba-mais-sobre-as-apacs.htm#!> Acesso em: 15 jun 2022.

VACANI, Pablo Andrés. **La indeterminación de la pena em el processo de ejecución penal:** nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e o Princípio da Legalidade Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE OU INTRANSCENDÊNCIA NO ÂMBITO PENAL

Andreia Fargnoli Barbosa[24]
José Lúcio da Silva Martins[25]

RESUMO: O objetivo do presente artigo é discutir a respeito de um dos princípios constitucionais denominado como Princípio da Pessoalidade ou Intranscendência. Este princípio encontra-se expresso e positivado na Carta Magna de 88. Como premissa o princípio em comento traz consigo que os efeitos da punição não podem ultrapassar a pessoa do condenado. Na esfera do direito penal, o constituinte de 88 foi prudente. Na verdade, tamanho zelo se justifica porque no direito penal geralmente o que está em pauta é a liberdade do indivíduo. Trata-se de um direito fundamental e um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Não que os demais princípios sejam destituídos de sua importância, e que em verdade eles podem ser considerados complementares para se alcançar a plenitude do Estado Democrático de Direito. São os princípios constitucionais do direito penal os responsáveis por delinear os limites à liberdade de seleção típica do legislador. Para tanto, o estudo foi realizado através da análise do posicionamento de diversos doutrinadores que se ocupam em debruçar e discutir acerca do tema.

Palavras chave: Princípio da Intranscendência ou Pessoalidade; Condenado; Pena.

24 Graduada em Direito pela FAMIG - Faculdade Minas Gerais. Especialista em Direito de Família e Sucessões, e em Direito do Consumidor pela Faculdade Única de Ipatinga/MG. Conciliadora pelo Conselho Nacional de Justiça. E-mail: trabalhosdeia2020@gmail.com

25 Graduado em Direito pela FAMIG – Faculdade Minas Gerais. Cirurgião Dentista pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE. Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale de São Pulo. Secretário da Câmara de Instrução de Ética da Odontologia Suplementar do CROMG. E-mail: joseluciomartins@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

Uma das grandes preocupações do constituinte de 1988 ao dar forma à Carta Magna foi deixar claro o Princípio da Pessoalidade ou Intranscendência da Pena, como forma de não permitir que a pena ultrapasse a pessoa do condenado.

Também chamado de Princípio da Responsabilidade Pessoal, e ainda de, Princípio da Personalização da Pena, o Princípio da Pessoalidade está previsto no artigo 5º inciso XLV.

Para a realização deste trabalho foi utilizado o método hipotético dedutivo. A bibliografia utilizada teve como autores Rogério Greco, Aury Lopes Júnior, Luiz Roberto Barroso, Eugênio Zaffaroni, Paulo Rangel, dentre outros, além de artigos científicos e publicações periódicas.

Sendo assim, o primeiro capítulo tratará dos conceitos de Direito Penal. O segundo capítulo trará sobre o Princípio da Pessoalidade, que particularmente aplica-se sanção de caráter pessoal, porém, através dos estudos constatou-se que poderá atingir terceiros de alguma forma, como discutir-se-á adiante.

Por fim, serão traçadas as considerações finais a título de conclusão com a intenção de que os questionamentos aqui levantados possam servir a estudos posteriores até que soluções concretas possam ser apontadas.

1 CONCEITO DE DIREITO PENAL

Por mais lógico que seja, revisitar conceitos e considerações acerca do Direito Penal, parece ser o caminho mais sensato para adentrar à essa discussão.

De acordo com o entendimento de Barroso (2020, p. 364), “de início o registro imprescindível de que o direito penal, a exemplo dos demais ramos do Direito, sujeita-se aos princípios e regras da Constituição”.

Acredita-se que ao direito penal não se pode conceder qualquer privilégio ou diferenciação. Em suma, todos os ramos do direito estão subordinados aos princípios delineados pela Carta Magna.

Para Gonçalves (2018, p.11), o "Direito penal é o ramo do direito público que define as infrações penais, estabelecendo as penas e as medidas de segurança aplicáveis aos infratores".

Entende-se que se trata de um ramo específico sujeito às normas regentes do direito público, com vistas a proteger toda uma sociedade.

Em relação ao tema, Souza e Japiassú (2018, p. 81) destacam que o "Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça da pena".

Salienta-se que as normas penais são o instrumento que permite ao Estado delimitar o direito do particular podendo ser assim considerado como meio de se alcançar a estabilização através da imposição de regras. Desta forma, estabelecem penalidades àquele que tentar ultrapassar os limites impostos que visam assegurar a estabilidade da vida em sociedade.

A esse respeito, Capez (2011, p. 19) declara que "o Direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que seleciona as condutas mais graves, haja vista, estas causarem insegurança jurídica e trazer maior risco à sociedade.

Constata-se que essa é a motivação que norteia o Princípio da Intervenção. Tal constatação se dá porque a norma penal é utilizada como último recurso, cabendo apenas ser aplicada quando extremamente necessária exercendo assim o seu papel de seu *lato sensu*, de controle social.

Na doutrina Estefam (2018, p. 51) indaga, "a missão do Direito Penal seria a proteção de bens jurídicos ou a garantia da vigência da norma? O autor interroga, quais normas (ou quais bens jurídicos) pode o Direito Penal legitimamente proteger?" E procede com as indagações, "teria um modelo de Direito Penal compatível com um Estado Democrático de Direito?".

Entende-se que tais indagações são procedentes e inquietam doutrinadores e juristas com posturas constitucionais edificadas.

Afinal, se não forem observados os princípios regentes da norma de aplicação do Direito Penal, poderiam ser colocadas em xeque. Disso visualiza-se a necessidade da aplicabilidade submissa aos princípios constitucionais. Assim, comprova-se que esse ponto é crucial para que a aplicação da norma penal não ultrapasse seus limites e comprometa sua eficácia.

Por fim, entende-se ser importante frisar que as considerações dos doutrinadores acima mencionados, impõem a importância da observância do Princípio da Pessoalidade como forma de legitimação para aplicabilidade da norma penal, de maneira responsável e coerente com os elementos norteadores da Constituição da República.

2 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE OU DA INTRANSCENDÊNCIA

Inicialmente cabe destacar que, na verdade, as garantias processuais constitucionais funcionam como escudos para aqueles que possam vir a sofrer alguma ameaça de direito proveniente de possíveis abusos do poder do Estado.

Certo é que "a constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de ideias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência". (BARROSO, 2020, p. 364).

Diante de tal afirmação entende-se que as normas penais, devem ser constantemente debatidas acompanhando a evolução da sociedade e se adequando às atualidades para que jamais possam ser dissociadas da realidade.

Como esclarece Nucci (2019), o Direito Penal brasileiro, necessita ser revisto com o objetivo de incorporar e se adequar aos princípios penais constantes da Constituição Federal de 1988. A meta é afastar do âmbito penal, diversos tipos incriminadores que atualmente estão em desuso, ou de raríssima aplicabilidade em casos concretos, além disso, eles apresentam mínima ofensividade aos bens jurídicos tutelados.

Conforme o entendimento de Junqueira (2019), em relação ao Princípio da Pessoalidade, a aplicação da pena jamais poderá

ultrapassar a pessoa do condenado. Esse princípio decorre da proteção à dignidade da pessoa humana, e mesmo da culpabilidade. Isso porque não teria sentido receber sanção penal por fato de terceiro, retomando assim a primitiva e injustificável responsabilidade flutuante.

Nota-se, que se ignorado o Princípio da Pessoalidade, a aplicabilidade das normas penais não alcançará o seu objetivo principal, que é de lapidar o agente infrator promovendo a sua ressocialização.

Complementa-se que a ação penal deve ser proposta em face do verdadeiro autor do fato criminoso, jamais em face de seus responsáveis legais, se existirem. (RANGEL, 2015, p. 344).

Presume-se que, por mais que o Princípio da Pessoalidade possa parecer extremamente lógico, o legislador foi zeloso. Na verdade foi explícito e de uma simplicidade singular ao redigir o inciso XLV do artigo 5º não permitindo a possibilidade de interpretações dúbias.

A partir dos dados apontados por Junqueira, verifica-se que:

> A polêmica aqui se insere no final do dispositivo constitucional, que ressalva a possibilidade de transferência aos herdeiros das dívidas civis até os limites da herança e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas (art. 5º, XLV, da CF). O perdimento de bens se refere aos efeitos extrapenais da sentença condenatória, como a perda do produto do crime ou instrumentos cuja posse seja ato ilícito, ou também engloba a pena restritiva de direitos, consistente da perda de bens? Embora Mirabete tenha posição em contrário (Manual de direito penal, 2012, p. 376), prevalece que apenas os efeitos civis podem ser transmitidos aos herdeiros, maximizando o sentido do princípio constitucional (JUNQUEIRA, 2019, p. 27).

Entende-se que tal posicionamento reforça a ideia da limitação da aplicação das penas elencadas no Código Penal, exclusivamente à pessoa do infrator.

Ressalta-se que:

> Pena de multa: se não adimplida, a pena de multa será inscrita na dívida ativa e será cobrada na forma da lei fiscal. Pode ser cobrada dos herdeiros até as forças da herança? O entendimento tradicional é que a pena de multa não perderia sua natureza criminal, sendo apenas cobrada na forma (procedimental) da lei civil e, assim, não pode ser transferida aos herdeiros. O STJ reconhece hoje que com o trânsito em julgado da condenação, o inadimplemento da multa não impede a extinção da punibilidade, pois nos termos do art. 51 do Código Penal a sanção pecuniária seria convertida em mera dívida de valor (REsp 1519777 – Recurso Repetitivo Tema 931). Reconhecida a transfiguração da natureza da multa não paga para dívida civil após o trânsito em julgado da condenação, entendemos que poderá ser cobrada, nos termos da ressalva constitucional (JUNQUEIRA, 2019, p. 27).

Nota-se que, limita-se tal obrigação ao patrimônio deixado pelo infrator. Sendo assim os herdeiros jamais responderão com seu próprio patrimônio. Constata-se que a multa é uma espécie de pena. Nesse sentido não poderá ser cobrada dos herdeiros, ainda que no limite da herança. Portanto, as espécies de pena, consoante com a Constituição Federal, não podem transcender o infrator.

Por conseguinte, foi através do Habeas Corpus 143.641 de 20 de fevereiro do ano de 2018, que o Princípio da Pessoalidade se destacou. O HC determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus

descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Disso se extraiu basicamente, a impossibilidade de transmitir a pena de uma pessoa condenada um terceiro, o que se revela o Princípio da Pessoalidade (STF, 2018).

Numa interpretação aprofundada do HC, reconhece-se que não há que se falar em restrição de liberdade de uma criança totalmente desprovida da consciência da realidade com mera justificativa simplista de um convívio com a mãe.

Acredita-se que a realidade brasileira não contribui para concretização de tais instrumentos jurídicos, nem tampouco para proteção de terceiros estranhos ao crime cometido. Observa-se que isso acontece porque o núcleo familiar é atingido de maneira peculiar durante o processo, assim como durante a execução penal.

Nesse sentido aponta Rogério Greco:

> Sabemos que informalmente, não somente aquele que praticou a infração sofre os rigores da lei penal, como também todos aqueles que o cercam. A família do condenado, geralmente, perde aquele que trazia o sustento para casa; os filhos deixam de ter contato com os pais; seus parentes sofrem o efeito estigmatizante da condenação criminal e passam a ser tratados, também como criminosos etc (GRECO, 2011, p. 81).

Como já exposto, o art. 5°, inciso XLV da Constituição Federal de 1988, institui: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (BRASIL, 1988).

Com base nos dados de Lopes Júnior (2018, p. 131), "da mesma forma que a pena não pode passar da pessoa do condenado, não pode a acusação passar da pessoa do imputado".

Na doutrina Rangel (2015) destaca sobre as consequências de uma infração penal:

> É cediço que a prática de uma infração penal traz consequências no âmbito do direito penal e pode trazer também na esfera cível. Nesse caso, quem irá responder pelo ilícito penal será o autor do fato, pois o princípio da personalidade da pena, consagrado na Constituição Federal (cf art. 5º, XLV), não permite que a pena passe da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano ser estendida aos sucessores, nos termos da legislação civil (RANGEL, 2015, p. 344).

Evidencia-se que a aplicação das consequências seja no âmbito penal ou civil terá sempre o objetivo de educar e transformar o indivíduo com a finalidade de evitar possíveis reincidências, portanto não seria lúcida e assertiva a possibilidade de transferir os encargos do cumprimento da pena para outros.

Nesse sentido, caminham as decisões:

> Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA PENAL. Tendo em vista que o suposto autor dos delitos ora investigados seria o genitor dos recorrentes, já falecido, não tendo sido demonstrado indícios mínimos de participação por parte dos mesmos, a justificar uma persecução penal, impõe-se o trancamento do inquérito contra eles instaurado. Inteligência do Princípio da Intranscendência Penal, de respaldo Constitucional, segundo o qual, 'nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo

> a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido' (artigo 5º, XLV, da Constituição Federal). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJGO, 2021).

Nas construções teóricas de Lopes Jr. essa não é uma regra de muita relevância processual:

> (...) a situação vem circunscrita, previamente, pelo Direito Penal. A acusação está limitada, na sua abrangência subjetiva, aos limites impostos pelo Direito Penal no que se refere à autoria, coautoria e participação. Não havendo o vínculo concursal, não há que se falar em transcendência da pena ou da acusação. Assim, a acusação somente pode recair sobre autor, coautor ou partícipe do delito. (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 131).

Da mesma forma, Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 154), destacam que "a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado".

Ademais, há que se considerar os efeitos reflexos surgidos, sobretudo durante a execução. Nesses casos quase sempre resultarão em terceiros prejudicados, particularmente quando se tratarem de prisões. Tal fato ficou comprovado em pesquisas de campo realizadas entre os parentes de reclusos (ALVES, 2010).

Nesse ponto Pinho tece suas considerações:

> Nada adianta fazer do Direito Penal a tábua de salvação para a violência urbana no Brasil, se a causa dessa violência não for estudada e tratada. O máximo que se vai conseguir com isso é ignorar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana - na

> medida em que a pena criminal estará sendo colocada na vitrine para ser utilizada indiscriminadamente - e o descrédito do próprio Direito Penal, que vai, a cada dia, se vulgarizando, contribuindo, assim, com o jargão de que o Brasil é o país da impunidade (PINHO, 2000).

Assim sendo, compreende-se que a utilização da norma penal deve ser realizada de maneira extremamente responsável para que consiga alcançar a finalidade para a qual existe.

Conforme preconiza Moreira (2020), o princípio estudado surgiu com o fim de evitar punições coletivas. Tais punições já existiram em tempos passados, além do mais busca alcançar uma proporcionalidade e humanização da pena. No entanto, sob o prisma subjetivo, nota- se que os familiares também sofrem os efeitos da punição.

Complementa Moreira (2020, p. 11), que o Princípio da Pessoalidade "traz uma duplicidade de sanção penal, a primeira se refere ao autor do delito, este cumprirá sua pena objetivamente, já a segunda reflete em pessoas próximas a ele, que sofrem punições subjetivas".

Destaca-se que, por mais que se proíba a pena de atingir terceiros, não raro, a família do preso sofre com a perda do pai ou marido, e outros entes.

Assim sendo, a Lei de Execuções Penais, no seu artigo 23, inciso VII, é clara e orienta para que o serviço social oriente e ampare a família do apenado que se encontra encarcerado (BRASIL, 1984).

Como esclarecido por Capez:

> A ação penal só pode ser proposta contra a pessoa a quem se imputa a prática do delito. Salienta-se esse princípio em virtude do fato de que há sistemas em que a satisfação do dano *ex delicto* faz parte da pena, devendo, por isso, ser pleiteada pelo órgão da acusação em face do responsável civil. A ação engloba, assim, além do provável sujeito ativo da

> infração, também o responsável pela indenização. Não é o sistema adotado no Brasil, como se vê. Entre nós vigora a intranscendência da ação penal, seja pública ou privada. (CAPEZ, 2018, p. 170).

Como discutido na literatura, as famílias acabam por sofrer sanções de diversas ordens. Isso acontece ante a proximidade com o indivíduo recluso. Não raro acarreta diversas dificuldades a serem enfrentadas. Dentre as punições, três delas são muito presentes: são de ordem financeira, psicológica e social (MOREIRA, 2020).

Pode-se considerar que o Princípio da Pessoalidade é, na realidade, um princípio relativo. Motivo esse que permite sua discussão dada a sua fragilidade prática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Pessoalidade ou Intrancendência quando devidamente observado impede que um cidadão que não tenha cometido um crime, possa ser penalizado em substituição ao autor do delito.

É preciso insistir que a responsabilidade penal será um encargo pessoal. Em tese, na esfera penal, a sanção possui um destino único, que não ultrapasse a pessoa do condenado. Sua sanção deverá sempre recair exclusivamente sobre o agente delitivo na exata ocorrência de culpabilidade. Por todas essas razões, a sanção penal não admite sua transferência para outrem.

O que importa, portanto, é que será inconstitucional qualquer medida de transferência do ônus de cumprir a pena de um indivíduo para outro.

Entretanto, não há dúvidas de que a aplicação da pena gera efeitos danosos e causa sofrimentos a terceiros, de modo particular às famílias. Motivo esse que determinadas legislações vêm disciplinando a criação de institutos e instrumentos que auxiliam no suporte tanto

para as famílias dos sentenciados, como as próprias vítimas dos delitos.

Enfim, o Direto Penal, se usado de maneira desumana traz prejuízos irreparáveis justamente ao bem jurídico relevante que ele existe para proteger: o ser humano.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. **Princípio da personalidade da pena e execução penal.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 899, set. 2010. p. 431.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mai 2022.

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1994**. **Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 05 jun 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ESTEFAM, André. **Direito penal:** parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: parte geral (Coleção sinopses jurídicas; v. 7) 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 13 ed. Niterói/RJ: Ímpetus, 2011.

JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de direito penal:** parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOREIRA, Glauber Pereira Santos. **FAMÍLIAS PUNIDAS**: As repercussões da prisão em relação ao Princípio da Pessoalidade da Pena. Disponível em:< http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1569/1/TCCGLAUBERMOREIRA.pdf>. Acesso em: 12 jun 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito:** parte especial - arts. 213 a 361 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PINHO, Ana Cláudia B. de. **Em busca de um Direito Penal Mínimo e de uma redefinição de papel para o Ministério Público**. Disponível em:< http://www.sedep.com.br/artigos/em-busca-de-um-direito-penal-minimo-e-de-uma-redefinicao-de-papel-para-o-ministerio-publico/>. Acesso em: 16 mai 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 143.641**. Disponível em:< https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 13 mai 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **RSE 001XXXX-40.2020.8.09.0175 Goiânia.** 2021. Disponível em:< https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1199809/processo-criminal-recursos-recurso-em-sentido-estrito-rse--goiania>. Acesso em: 16 jul 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E SUAS VERTENTES

Gabriela Maciel Lamounier[26]

Resumo: Este artigo científico sugere uma análise do Princípio da Culpabilidade em suas três acepções ou vertentes, e não, apenas a análise da responsabilidade penal subjetiva. Verifica-se também a culpabilidade como fundamento da pena e como medidor da sanção penal a ser imposta. É nítido que o Princípio da Culpabilidade também é um limitador da atuação arbitrária do Estado, assim como a maioria dos princípios penais. Somente há crime quando o fato praticado é típico, ilícito e culpável.

A metodologia utilizada foi a teórico-bibliográfica e a pesquisa documental.

Palavras-chave: Culpabilidade. Dolo e Culpa. Responsabilidade subjetiva.

INTRODUÇÃO

O Princípio da Culpabilidade não está previsto de forma explícita na Constituição Federal, mas é decorrente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e relaciona-se diretamente com o Princípio da Presunção de Inocência.

A frase "não há crime sem culpabilidade" é o aspecto fundamental relativo ao Princípio da Culpabilidade. Mas não é tão simples quanto essa frase parece revelar. A culpabilidade relaciona-se com o grau de

26 Advogada – S.L.A. Advocacia Sistêmica. Professora universitária. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual e Direito Ambiental pela PUC/MG. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestra e Doutora em Direito Público e Pós-Doutora em Direito Penal pela PUC/MG.

censura, de reprovação da conduta típica e ilícita praticada pelo agente que em uma situação concreta, poderia ter agido de maneira diversa.

Portanto, a análise da culpabilidade deve ser feita de maneira cuidadosa para limitar a arbitrariedade do poder punitivo do Estado e atingir as finalidades da pena a ser cumprida pelo agente.

Para isso, o primeiro capítulo trata da evolução do conceito de culpabilidade examinando suas teorias. É no segundo capítulo que se estuda as vertentes da culpabilidade e suas consequências como, por exemplo, a responsabilidade penal subjetiva, a culpabilidade como o terceiro elemento do conceito analítico de crime (fato típico, ilícito e culpável) e a culpabilidade como moderador de pena.

Quanto às técnicas de pesquisa, optou-se pela pesquisa teórico-bibliográfica em doutrinas e periódicos especializados, voltados ao estudo do Direito Penal, e pesquisa documental na análise das normas penais.

1 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Várias teorias foram criadas para tentar conceituar e entender a culpabilidade, mas este ainda é um conceito em evolução.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E AS TEORIAS DA CULPABILIDADE

Luiz Luisi (2003) narra a evolução da responsabilidade penal na história da humanidade. De acordo com os ensinamentos deste autor, a responsabilidade penal somente foi admitida no final da Idade Média. Mas na Grécia, as Leis de Solon previam várias formas de punição do crime de homicídio, como, por exemplo, a pena de morte e a pena de exílio temporário. A *Lex Numa* (século IX a. C.), em Roma, previa a pena de morte para aquele que cometesse o homicídio de um dos genitores.

Baseada no positivismo do século XIX, dolo e culpa eram os únicos elementos da culpabilidade, sendo a imputabilidade

pressuposto desta. Acreditava-se que a culpabilidade era uma ligação psíquica entre o agente e o fato criminoso (ANDREUCCI, 2013).

Fundamentando-se na teoria causalista (sistema clássico), a Teoria Psicológica da Culpabilidade explicava que a culpabilidade era o nexo psicológico que unia o agente, pelo dolo ou pela culpa, ao fato típico e ilícito. Sendo assim, a culpabilidade estava na mente do agente. O dolo e a culpa eram a própria culpabilidade (GOMES; MOLINA, 2007).

A tipicidade e a ilicitude eram elementos puramente objetivos, enquanto tudo o que era subjetivo era dirigido à culpabilidade. Desta maneira, a vontade e a consciência do agente em praticar ou não a conduta era analisada na culpabilidade. (NITÃO; PEREIRA, 2014).

O conceito de culpabilidade era formado pela imputabilidade e pela relação psicológica do agente com o fato criminoso, sendo irrelevante, o desconhecimento da ilicitude, conhecido hoje como "erro de proibição". Assim, não importava a ausência de potencial consciência da ilicitude da conduta praticada. (SANTOS, 2014).

Percebendo que a culpabilidade não podia ser simplesmente psicológica, essa teoria foi substituída pela Teoria Psicológica-Normativa da Culpabilidade.

Para a Teoria Psicológica-Normativa da Culpabilidade, a culpabilidade era o juízo de valor feito pelo magistrado ao nexo psicológico que unia o agente, pelo dolo ou pela culpa, ao fato típico e ilícito. (GOMES; MOLINA, 2007).

Era o sistema neoclássico, baseado no neokantismo, segundo o qual haveria culpabilidade se o agente fosse imputável, agisse dolosamente ou culposamente e pudesse ter um comportamento diverso (ANDREUCCI, 2013).

Esta teoria adicionou a reprovabilidade ao conceito de culpabilidade, sem afastar o dolo e a culpa, sendo esses elementos da culpabilidade. O dolo passou a ser um elemento normativo e a consciência da ilicitude um elemento essencial do dolo.

Em outras palavras, a culpabilidade versava sobre o grau de reprovabilidade do agente por ter agido dolosa ou culposamente,

explicando a exigibilidade de conduta diversa, mas mantendo o dolo e a culpa na culpabilidade.

Também criticada, surge a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Pra esta teoria, a culpabilidade é a reprovação da conduta do agente. O dolo e a culpa são elementos subjetivos do tipo penal.

A Teoria Normativa Pura encontra-se em um sistema finalista (Teoria Finalista da Ação), onde dolo e culpa são analisados no tipo penal e não mais na culpabilidade, deixando de ser elementos normativos.

A Teoria Normativa Pura se divide em Teoria Limitada e Teoria Extremada da Culpabilidade.

Para a Teoria Limitada da Culpabilidade, as excludentes de culpabilidade podem constituir erro de tipo (art. 20, § 1º), quando o erro do agente recai sobre a má compreensão da realidade ou erro de proibição (art. 21), quando o erro recai sobre os limites normativos de uma causa de justificação. Para a Teoria Extremada da Culpabilidade as descriminantes putativas devem sempre ser tratadas conforme o erro de proibição (art. 21). (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

A culpabilidade passa a ter como elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, os quais serão tratados no próximo capítulo, no ponto 2.2.

1.2 CONCEITO

A culpabilidade é conceituada como o grau de reprovação da conduta criminosa. Mas é um conceito em constante evolução.

Nulla poena sine culpa (não há crime sem culpabilidade) é a fórmula que expressa o Princípio da Culpabilidade, e isso significa que somente se pune alguém quando existe os requisitos do juízo de reprovação da conduta. Os requisitos são: a inimputabilidade, os imputáveis que se encontram em erro de proibição inevitável e

os imputáveis que agem sob a inexigibilidade de conduta diversa (SANTOS, 2014).

A culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pala prática de uma infração penal, motivo pelo qual é o juízo de reprovação exercido sobre a pessoa que praticou um fato típico e ilícito. (CAPEZ, 2020)

Fernando Galvão (2011) entende que:

> O Princípio da Culpabilidade significa que ninguém pode ser presumidamente considerado culpado. A todos é garantido o direito a um julgamento efetivo e somente serem apenados após se tornar definitiva a condenação decorrente de tal julgamento. (GALVÃO, 2011, p. 119)

Para ele a previsão do princípio é constitucionalmente expressa, no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Neste mesmo sentido é o entendimento de Luiz Luisi (2003). Para ele, a condenação de alguém ao cumprimento de uma pena presume-se que foi provada e declarada a culpabilidade do agente, seja ele autor, coautor ou partícipe.

Todavia, a maioria dos doutrinadores entende que em tal dispositivo legal aplica-se o Princípio da Presunção de Inocência e que o Princípio da Culpabilidade não está previsto de forma expressa na Constituição Federal.

Fernando Galvão (2011) explica que a Constituição Federal não impõe a inocência a todos que não tenham sido condenados, apenas prevê que não se pode considerar culpado quem ainda não foi condenado por sentença definitiva.

Importante ressaltar que a culpabilidade recai sobre o autor com vistas a analisar se ele deve ou não ser penalizado em decorrência do fato praticado por ele. De modo que o agente será punido em

decorrência da conduta (direito penal do fato) realizada por ele e não pela condição de ser quem ele é (direito penal do autor) (MASSON, 2017)

Como entendimento da maioria doutrinária, culpabilidade é o juízo de valor que incide sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

2 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E SUAS VERTENTES

Analisa-se a culpabilidade em três aspectos: como impedidor da responsabilidade objetiva, como elemento do conceito analítico de crime e como moderador da pena

2.1 CULPABILIDADE COMO IMPEDIDOR DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Só se pode falar em responsabilidade penal quando o resultado lesivo ou o perigo de causar tal resultado (crimes tentados) for resultante de uma conduta dolosa ou culposa.

Esta é a responsabilidade subjetiva do Direito Penal. Isto significa que um crime somente será punível quando resultar de um dos elementos subjetivos do tipo penal (dolo ou culpa).

A conduta criminosa pode ser praticada com conhecimento objetivo (dolo) ou por falta do cuidado devido e exigido por lei. A culpa tem como fator central a falta de intenção do agente que gerou um resultado lesivo e uma possível responsabilidade penal (GUARDIOLA, 2012)

Dolo é a vontade e consciência dirigida a um fim ilícito. Existem vários tipos de dolo mencionados pelos doutrinadores brasileiros. Mas é evidente o dolo direto e o dolo eventual no artigo 18 do Código Penal.

Já a culpa é proveniente da falta de cuidado e pode se dar por negligência, imperícia ou imprudência.

> Art. 18 - Diz-se o crime:
> I - **doloso**, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;
> II - **culposo**, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.
> Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.
> (BRASIL, 1940, grifo nosso)

Importante ressaltar que nem todos os crimes são puníveis a título de culpa. Somente se pune o crime praticado culposamente quando houver previsão legal nesse sentido.

Alguns crimes, por sua própria natureza, não admitem a modalidade culposa, como, por exemplo, omissão de socorro, calúnia, ameaça, sequestro, furto, roubo, estupro, abandono de função. (FAVORETTO, 2012)

Contudo, ainda há resquícios da responsabilidade objetiva no Código Penal.

Como exemplo, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2021) citam o crime de rixa qualificada, previsto no artigo 137, § único, CP, uma vez que há punição do agente pelo resultado mais grave, por simplesmente participar da disputa.

> Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores:
> Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.
> Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.
> (BRASIL, 1940)

Affonso Favoretto e os autores acima mencionados citam também a responsabilidade penal objetiva do agente que pratica a

conduta criminosa em estado de embriaguez voluntária ou embriaguez culposa, conforme previsão do artigo 28, II do Código Penal, uma vez que o referido diploma legal adota a teoria da *actio libera in causa* (FAVORETTO, 2012; JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021).

> Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:
> II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.
> (BRASIL, 1940)

A culpabilidade no Direito Penal impede a existência de uma responsabilidade objetiva, como na maioria dos casos de responsabilidade civil.

2.2 CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

A teoria aceita pela maioria dos doutrinadores brasileiros é a teoria tripartida do crime que entende que crime é o fato típico, ilícito e culpável.

Como já mencionado, a culpabilidade tem como elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade é a possibilidade de imputar ao agente uma responsabilidade penal, por ele ter total capacidade de entender o caráter ilícito da conduta que comete, ou seja, ele é maior de 18 anos de idade e imputável. O critério adotado pelo Código Penal em relação à imputabilidade é o Biopsicológico (critério híbrido do psicológico com o biológico).

O inimputável é aquele que por doença mental não é capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se com esse entendimento, estando inserido nessa inimputabilidade os casos de

embriaguez completa e involuntária proveniente de caso fortuito ou força maior (acidental).

A embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior irá excluir a culpabilidade e, portanto, isentar o agente de pena. Se a embriaguez for incompleta, mesmo que proveniente de caso fortuito ou força maior, o sujeito permanece com uma parcela de consciência. Nesse caso, ele vai ser punido, mas terá sua pena diminuída (mitigação da reprovabilidade da conduta delituosa). (CUNHA, 2020)

De forma objetiva, a imputabilidade corresponde ao conjunto de condições de maturidade e sanidade mental, permitindo que a pessoa tenha capacidade de compreensão e de autodeterminação. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

A potencial consciência da ilicitude verifica-se quando o agente conhece a ilicitude do fato, não podendo falar em erro de proibição (inevitável, escusável, invencível), conforme artigo 21, do Código Penal. Então é possível o agente conhecer a ilicitude de sua conduta, uma vez que o erro de proibição é a falta de potencial consciência sobre a ilicitude.

É importante verificar no caso concreto, se o agente, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo ilícito, conforme o meio social em que está inserido, as tradições e os costumes locais. É a possibilidade de conhecer o caráter ilícito da conduta. (CAPEZ, 2020)

A exigibilidade de conduta diversa se dá quando é possível exigir do agente uma conduta diferente daquela que ele teve, ou seja, não há coação moral irresistível nem obediência a ordem manifestamente legal de superior hierárquico (artigo 22, CP).

> Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
> Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude

> do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.
> Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.
> (BRASIL, 1940)

A coação moral irresistível (*vis compulsiva*) consiste na utilização de grave ameaça diretamente dirigida ao coagido ou a pessoa ligada a ele. É irresistível porque o agente coagido não tem condições de superar a coação sofrida por parte do coator e acaba cometendo um fato típico e ilícito. (GRECO, 2020)

Na obediência hierárquica, é preciso que haja uma ordem manifestamente legal, ou seja, a ordem emanada do superior hierárquico parece ser legal. O subordinado cumpre a ordem, sem saber que, na verdade, era uma ordem ilegal.

É possível atribuir uma pena (responsabilidade penal) a uma pessoa que tenha cometido o fato típico e ilícito, já que este agente possui imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e era exigível conduta diversa da que ele teve. (BITENCOURT, 2020)

2.3 CULPABILIDADE COMO MODERADOR DE PENA

Como limitador da pena, a culpabilidade é analisada de forma expressa nos artigos 29 e 59, *caput,* do Código Penal.

> Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.
> Art. 59 - O juiz, atendendo à **culpabilidade**, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

> estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
> (BRASIL, 1940, grifo nosso)

O artigo 29 relaciona-se com o concurso de pessoas. Então, quando mais de uma pessoa concorre pela a prática de um mesmo crime, cada um será responsabilizado penalmente na medida de sua culpabilidade, ou seja, de acordo com a sua contribuição para a prática do crime.

O artigo 68, *caput,* do Código Penal prevê o critério ou sistema trifásico para o cálculo da pena.

> Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.
> (BRASIL, 1940)

A pena a ser imposta pelo magistrado (pena concreta), é resultante de três fases: na primeira fase o cálculo da pena base é feito partindo-se da pena abstrata e considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59, dentre elas, a culpabilidade. Na segunda fase, para a fixação da pena provisória ou intermediária, analisa-se a existência de atenuantes (artigos 65 e 66, CP) e agravantes (artigos 61 e 62, CP).

Finalmente, na terceira fase, para a fixação da pena final ou pena concreta, analisa-se a existência de causas de diminuição ou minorantes e causas de aumente de pena, também denominadas majorantes.

A culpabilidade é limite da pena a ser imposta, e não o seu fundamento. A pena imposta deve ser proporcional ao crime cometido, buscando atingir as finalidades da pena (reprovação, prevenção e ressocialização). (BITENCOURT, 2020)

No entanto, para Luiz Luisi (2003) a culpabilidade está ligada ao Princípio da Individualização da Pena no aspecto judicial, pois a aplicação da pena tem como fundamento a culpabilidade.

Esta vertente está diretamente ligada ao Princípio da Proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Culpabilidade deve ser estudado em três vertentes: a culpabilidade como medidor da pena a ser aplicada pelo magistrado; a culpabilidade como elemento do conceito analítico de crime (fato culpável) e a culpabilidade como impedidor da responsabilidade penal objetiva.

A culpabilidade é o grau de reprovabilidade da conduta delituosa, é um juízo de censura sobre a conduta criminosa praticada pelo agente. É um critério moderador para a aplicação de pena pelo magistrado e, necessariamente, resulta da união da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

Para se atribuir um resultado lesivo a um agente, é preciso que sua conduta seja dolosa ou culposa. Se não houver dolo ou culpa, não há que se falar em conduta punível. Então, não há crime.

Dessa maneira, a responsabilidade penal é subjetiva. Há que se analisar a existência de um dos elementos subjetivos do tipo penal – dolo e culpa – para que se possa imputar a responsabilidade pelo crime a alguém, conforme a Teoria Finalista da Ação. A regra é o dolo e a culpa é a exceção.

O Princípio da Culpabilidade serve para limitar o poder punitivo do Estado, protegendo o homem do excesso punitivo e fazendo com que a pena seja correspondente ao grau de reprovabilidade da conduta criminosa praticada.

Diante de todo o exposto, o Princípio da Culpabilidade retrata uma garantia fundamental do indivíduo contra o poder arbitrário estatal, confirmando o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Código Penal.** 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.Acesso em: Acesso em: 03 Ago 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: Acesso em: 05 Ago 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. Vol. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** – parte geral e especial. 1.ed. Salvador: Juspodvm, 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios**. Direito penal esquematizado** – parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal:** parte geral. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 22. ed. Niterói/RJ: Ímpetus, 2020.

GUARDIOLA, Samantha Gabriela López. **Derecho penal I**. Estado de México: Red Tercer Milenio S.C., 2012.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal:** parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizdo**: parte geral (arts 1º a 120). Vol. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NITÃO, Maria Ivonete Vale; PEREIRA, Leonellea. **As teorias da culpabilidade e suas perspectivas evolutivas**. 2014. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/30/culpabilidade.html>. Acesso em: 07 Ago 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA GARANTIR O ESTADO DE INOCÊNCIA DO ACUSADO

Amanda Ferraz Rodrigues de Almeida[27]

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar considerações do Princípio da Presunção da Inocência e apresentar o seu conceito, suas garantias e restrições. Tem-se conhecimento que com a Constituição de 1988 é uma norma "cidadã", pois inaugura o Estado Democrático de Direito e assegura as garantias fundamentais ao ser humano. O propósito, na esfera de proteção e extensão objetiva e subjetiva serão abordados para comprovar a enredamento do princípio. No desenvolvimento do artigo, as violações, restrições e efetividade serão trazidas, confirmando a aplicação ou não da presunção da inocência no caso concreto. Estabelece como garantia fundamental que a pessoa só será considerada culpada após a sentença transitada em julgado, quando finalizado o devido processo legal. Propõe uma pesquisa para saber a efetivação do Princípio da Presunção da Inocência e a sua efetividade no sistema penal, se os agentes públicos, consideram o acusado inocente até a decisão final ou se ocorre violações para garantir a punição do Estado.

Palavras-Chave: Presunção da Inocência; Direitos e Garantias; Direito Penal.

INTRODUÇÃO

O Princípio da Presunção da Inocência foi inserido no ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que inaugurou o Estado Democrático de Direito, assegurando garantias e direitos fundamentais a todo cidadão.

27 Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. E-mail: amandaferraz.adv@gmail.com

O ordenamento jurídico deve viabilizar assim a aplicação da lei ao modo que, as garantias fundamentais sejam asseguradas, evitando a contradição e violação dos textos normativos.

Este artigo tem a finalidade de analisar, o princípio da presunção da inocência usando como base o ordenamento jurídico e os doutrinadores do tema.

É direito fundamental de cada ser humano não ser considerado culpado até que seja proferida a sentença penal condenatória, sendo assim todo cidadão é considerado inocente, até que se tenha provas concretas da sua culpabilidade.

No Direito Penal tem se o dever do Estado de punir, que será efetivado através dos agentes aplicadores da lei, responsáveis pela persecução penal, e em outra vertente tem-se o direito do acusado de não produzir provas contra si, e se manter inocente, efetivando as suas garantias previstas na Constituição Federal.

O presente artigo utilizou a Constituição Federal que preceitua os princípios fundamentais, bem como os doutrinadores Igor Luís Pereira e Guilherme Nucci que trazem informações de suma importância para o assunto aqui demostrado. No desenvolvimento do trabalho foi utilizada uma metodologia de pesquisa qualitativa, consolidada por meio de leitura de doutrinas e legislações.

Sendo assim, para melhor compreensão acerca do tema, este artigo foi divido em cinco capítulos. Aborda-se no primeiro capítulo toda principiologia, conceituação do tema conforme a Constituição Federal e doutrinas. Já no segundo capítulo, traz-se as finalidades processuais em ter a efetivação da presunção da inocência, como o direito em permanecer calado, e a garantia do acusado não produzir provas contra si, e toda proteção jurídica do princípio.

O capítulo terceiro, preceitua as restrições legais do princípio, de modo que sejam realizadas com moderação e de maneira excepcional, pois a regra é a aplicação da garantia ao cidadão. Enquanto no quarto aborda-se a extensão da presunção da inocência.

No quinto capítulo foi necessário demonstrar a possibilidade da prisão preventiva, servindo como garantia de punição, em algumas hipóteses em que a lei permite a privação de liberdade do acusado.

Sendo assim, verificou-se a necessidade da aplicação da presunção da inocência, garantindo ao acusado sua inocência até que o Estado obtenha provas que venham provar o contrário, e frisar-se que a violação do princípio pode gerar danos irreparáveis, desse modo, é essencial que a persecução penal siga as normas constitucionais, para somente imputar ao acusado culpa após a certeza dela.

1 O PRINCÍPIO DA PRENSUÇÃO DE INOCÊNCIA

Os princípios penais servem como norteadores e limitadores da aplicação da lei, tornando-se possível a efetivação das normas penais.

Em 1988, a Constituição Federal entrou em vigor, iniciou-se o Estado Democrático de Direito com garantias constitucionais a todos os cidadãos.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 é uma Constituição Cidadã, pois ela instaura o Estado Democrático e inaugura a aplicação das garantias fundamentais.

No artigo 5°, inciso LVII é interpretado como sendo uma garantia constitucional, que preceitua: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL,1988).

Nesse sentindo, Igor Luís Pereira afirma que esse princípio:

> (...) garante ao acusado e ao réu em situação de não culpabilidade, enquanto não for condenado por sentença penal transitada em julgado, impedindo, assim, quaisquer medidas que afetem a sua liberdade ou restrinjam os seus direitos.
> (...) deve-se concluir que a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, e o réu não tem o dever de provar

> a sua inocência, cabe ao acusador comprovar a sua culpa.
> (PEREIRA, 2020, p.333 e 336).

O conceito do princípio para Rosa Weber, é que "a presunção da inocência, princípio cardeal no processo criminal é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra, a melhor formulação da responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável. (STF, 2017).

Nestor Távora (2016) também conceitua o princípio como todos os cidadãos são hipoteticamente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que a repressão cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de necessidade.

Adicionalmente, o Pacto de São José da Cosa Rica, em 1992 ratificou em seu artigo 8°, "que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". (BRASIL, 1992)

Conforme Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do ano de 1789, em seu artigo 9° preceitua que:

> Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei (FRANÇA, 1789).

Sendo assim, a presunção da inocência se conceitua, como direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, e garante ao acusado a sua inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Desse modo, cabe ao Estado a proteção e a efetivação do princípio no caso concreto.

2 AS FINALIDADES PROCESSUAIS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

2.1 O DIREITO DE PERMANECER CALADO

A presunção da inocência veio para complementar os direitos fundamentais, e orientar no âmbito da sua aplicação, para que se possa atingir a sua proteção e limitações de suas restrições.

Como mecanismos para sua efetividade, destaca-se o direito de permanecer calado, conforme destaca Igor Luís (2020, p. 334) "A pessoa possui o direito ao silêncio durante a investigação e o processo criminal, sem que o seu exercício sirva como justa causa para a denúncia ou como fundamento para a condenação."

Nesse sentindo, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5°, inciso LXIII preceitua que, "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". (BRASIL, 1988)

Ademais, o artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal (1941), completa

> Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, o seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas (CPP, 1941)

Conforme Maria Elisabeth Queijo, o direito expresso de ficar calado, tem sua concretização na proteção do indivíduo contra os abusos do Estado, na busca da boa aplicação da lei penal, bem como, resguardar contra as coações e violências morais ou físicas para que o acusado possa participe e colabore durante o processo penal (QUEIJO, 2012).

Sendo assim, o silêncio do acusado é um direito assegurado na Constituição Federal, é jamais poderá ser utilizado como fundamento para condenação.

2.2 A OBSERVÂNCIA DO ACUSADO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI

Ninguém é obrigado produzir provas contra a si mesmo, e as provas apresentadas pelo acusado somente serão validas se forem lícitas e juntadas de modo voluntário e consciente.

O direito de o acusado não produzir provas contra si, é a forma de preservar a sua inocência contra demasias do Estado, durante a fase de investigação.

Guilherme Nucci (2018), expõe que o cidadão não pode ficar com o dever do Estado em buscar e garantir a aplicação das leis penais, sendo resguardado a não obrigatoriedade de produzir provas contra si mesmo.

Cessare Beccaria (2001) reprendeu os métodos inquisitivos de alcançar a culpabilidade do acusado no processo daquela época, que consistam em interrogatórios baseados em perguntas indicativas proibidos, que a tortura era permitida para conseguir a confissão de culpa do acusado. Para ele, o interrogatório é mais sugestivo que a dor, e para se livrar dela, o acusado optava por confessar a culpa.

Dessa forma, o Princípio da Presunção da Inocência, vem proteger o indivíduo para que o papel de provar a culpa, de juntar provas lícitas e do Estado, é os meios ilícitos de obter provas são violadas de prova expressa pela Constituição Federal de 1988.

Nestor Távora (2016) preceitua que dentro do Princípio da Presunção da Inocência procedem duas regras sendo elas a probatória que a parte acusadora possui o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, e não este de provar sua inocência, e a regra de tratamento, que ninguém será considerado culpado até o trânsito da

sentença condenatória, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou da culpabilidade do acusado.

2.3 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Os níveis estatais para aproveitamento do princípio, mostra-se fundamental, nos poderes Legislativo e poder Judiciário.

No âmbito legislativo é necessário que o ordenamento jurídico penal seja criado, moldado para garantir a efetividade constitucional do princípio, contudo, nada adianta o ordenamento ter como base a presunção da inocência, se no momento da aplicação da lei, não forem aplicadas como meio de proteção ao acusado. Sendo assim, o judiciário é o responsável para dar efetividade ao princípio.

A presunção da inocência, não impede que o acusado tenha sua liberdade restrita, porém, as medidas de restrições aplicadas devem ser proporcionais e justificadas.

Nesse sentindo, Mauricio Zanoide de Moraes preceitua:

> O direito constitucional da presunção da inocência exige que suas restrições sejam elaboradas, interpretadas e aplicadas de modo estrito e rigoroso porquanto se está no campo excepcional da redução do âmbito de proteção de um direito fundamental. Se a sua redução é inevitável em sistema de princípios interdependentes, ela deve sempre ocorrer da menor forma possível (MORAES, 2010, *apud* AQUINO, 2013, p.30).

Dessa forma, ressalta-se que as restrições do princípio devem ser de modo excepcional, e que os poderes estatais garantam sempre a sua efetivação no caso concreto.

3 RESTRIÇÕES DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Embora o princípio seja assegurado na Constituição Federal como garantia fundamental, constantemente ele é violado, por abusos e excessos do Estado.

A restrição quando é de maneira excepcional, de forma justificada e proporcional e seguindo a lei, é legitima. No entanto, a violação do princípio não é permitida.

A liberdade do indivíduo e o patrimônio poderão sofrer restrições e deixarão de ser assegurados pelo *status* de inocente do acusado. Por esse motivo que as prisões provisórias e outras medidas que privam o acusado de liberdade tem caráter justificado na Constituição Federal.

Conforme expõe Nestor Távora (2016), a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

Conforme observa-se, é somente aceitável as restrições ao princípio de maneira excepcional, e teor é definitivamente transitório, ademais é periodicamente reavaliado a manutenção da restrição aplicada.

Quando não observada a aplicação do princípio as decisões proferidas serão ilegais e nulas por vicio da violação da constituição, em como consequência poderá dar-se indenização ao ser humano prejudicado, mas, a decisão judicial tem que ser anulada independente de indenização.

Nessa linha de raciocínio, Mauricio Zanoide de Moraes (2010 *apud* AQUINO, 2013) expõe que, a presunção da inocência é um direito fundamental e estará violada sempre que o agente público empregar ao indivíduo de forma antecipada a culpa, e se sua compreensão for motivada pelo que o ser humano fez no passado, e não o devido ato a pessoa imputado, dessa forma, conclui o autor que, a presunção somente existirá se no ordenamento jurídico tiver como base do direito penal e processual penal o fato.

Sendo assim, é necessário que os agentes públicos atribuem ao acusado sua inocência sempre, e no processo penal que tenha

assegurado o direito à ampla defesa, ao contraditório, ao duplo grau de jurisdição, para que dessa forma consiga aplicar todas as garantias do acusado, em sua defesa e tenha a aplicação do princípio.

Em se tratando da presunção da inocência, a restrição ao princípio sempre tem que ser de maneira fundamentada, pois assegurar a execução prematura da pena, se trata de pretensão punitiva estatal que se torna óbice à ampla defesa e ao efetivo uso da punição do sistema penal.

4 EXTENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

As extensões do Princípio da Presunção da Inocência têm como objetivo definir para quem essa garantia é direcionada nos polos ativos e passivos (extensão subjetiva), e para limitar a atuação da presunção da inocência no âmbito processual penal (extensão objetiva).

Em se tratando da extensão subjetiva, de maneira geral, o sujeito passivo da presunção da inocência é qualquer ser humano que seja submetido à persecução penal, e o sujeito ativo é os agentes públicos que aplicam a prática da persecução penal.

Ressalta-se que, todos agentes que de modo direto ou indireto, possuam alguma ligação com a presunção da inocência devem garantir a sua efetividade, aplicando em todos os casos necessários.

Ao analisar a extensão objetiva do princípio, a persecução penal será dividida em fases que serão instrutória, recursal e revisional. Na investigação a imputação a pessoa dará início a ação para a atribuição de um crime a um ser humano específico.

Mauricio Zanoide de Moraes (2010 *apud* AQUINO, 2013), aduz que para o juízo atribuir um crime a alguém o primeiro passo da persecução penal e, de ordinário, vem representado por alguma forma de investigação preliminar, como a título de exemplo o inquérito policial.

Então, nessa fase investigativa deve ser considerada a proteção constitucional do cidadão quanto a sua presunção de inocência e impedindo violações e abusos praticados pelo Estado.

Em analogia à fase instrutória, deve o princípio estar preenchido na inocência da pessoa, a instrutória que é para apuração do imputado tem que ser protegido pela garantia constitucional a ele aplicada.

Na fase recursal, confiar na inocência do acusado, ao ponto que a presunção da inocência se transforma para certeza diante da decisão do poder responsável, ensejando a parte se levantar na sua defesa no mérito recursal.

Nesse sentindo Mauricio Zanoide de Moraes aduz:

> Não há incoerência em se afirmar que a presunção de inocência em alguns de seus aspectos não incida, nem se aplique a essa fase, pois como há autonomia entre os seus desdobramentos, nada impede que se aceite que ela não incida como "norma de tratamento" (porque já condenado definitivamente) ou como "norma probatória" (porque já há coisa julgada como pressuposto probatório a ser revertido), mas que ainda projete sua tutela constitucional como "norma de juízo. (MORAES, 2010, *apud* AQUINO, 2013, p. 35).

Completa Paulo Rangel:

> A ação de revisão criminal tem o objetivo de reexaminar sentença condenatória ou decisão condenatória proferida por tribunal, que tenha transitado em julgado. Tal demanda tem o condão de excepcionar a coisa julgada em matéria criminal, pelo que só se permite seu ajuizamento quando em favor do sentenciado. Não há, assim, revisão criminal *pro societate*, mas tão somente quando seu manejo é permeado pelos princípios do favor rei e da verdade real (verdade processual), caracterizando-se como

> demanda para o resgate do *status dignitatis* do acusado (RANGEL, 2001, p. 620).

Dessa forma, a presunção da inocência terá seu aproveitamento de forma integral na esfera recursal, tendo a revisão como meio para totalidade da garantia do princípio constitucional.

5 POSSIBILIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um mecanismo usado antes da sentença penal condenatória, incide como uma limitação da liberdade do acusado tem do como finalidade processual penal assegurar o cumprimento da lei.

Fernando Capez (2000), expõe que a prisão preventiva "é uma espécie de prisão provisória, e tem como objetivo à garantia da eficácia de um provimento jurisdicional futuro."

Ademais, conforme o site do Senado Federal (BRASIL, 2022) dispõe a prisão preventiva é um utensilio processual usado para garantir a ordem pública e econômica, ou seja, "impedir a continuidade da prática de crimes e impossibilitar a fuga do acusado".

Sendo assim, a aplicação da prisão preventiva se justifica pois poderá se tornar-se improfícua o pronunciamento jurisdicional definitivo se o acusado, por alguma circunstância continuar em liberdade.

Frisa-se que a necessidade de aplicar a prisão preventiva deve ser analisada em cada caso, para evitar privações desnecessárias da liberdade do acusado, contrapesando assim, a função punitiva do Estado.

A jurisprudência é favorável no sentindo que, havendo os requisitos da prisão preventiva preenchidos, ela pode ser aplicada, e não será considerado violação ao princípio da presunção da inocência, observa-se:

> Ementa: TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.
> Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva não viola o princípio da presunção de inocência. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. A jurisprudência das Cortes Superiores é firme em assinalar que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva. CONDIÇÕES PESSOAIS. Eventuais condições pessoais favoráveis não possuem o condão de, por si sós, conduzir à revogação da prisão preventiva. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. Impossível asseverar ofensa ao 'princípio da homogeneidade das medidas cautelares' em relação à possível condenação que o paciente experimentará, findo o processo que a prisão visa resguardar. Em habeas corpus não há como concluir a quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado. HABEAS CORPUS DENEGADO.
> Decisão: ACORDA o Tribunal de Justiça de Goiás, pela Segunda Câmara Criminal, a unanimidade, acolhendo o parecer ministerial, conhecer do pedido e denegar a ordem, nos termos do voto do relator, que a este se incorpora. Sem custas. (TJGO, 2018)

No Código de Processo Penal a prisão preventiva é conceituada em seus artigos de 311 a 316. O artigo 312 estabelece, os pressupostos:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

> § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.
> § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (BRASIL, 1941).

A “prova da existência de crime e indícios de autoria”, são os pressupostos para aplicação da prisão preventiva. Quando não coexistir esses dois pressupostos, não se aplica a prisão cautelar.

Em se tratando, da “prova da existência de crime”, o quesito observado é que se tenha a tipicidade comprovada, que não se tenha dúvidas.

Dessa forma, é necessário para aplicar a prisão preventiva que se observe os requisitos elencados pela lei, e o princípio presunção da inocência, pois muito além do dever de punir, o Estado tem o dever de assegurar as garantias de cada cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todo exposto no presente artigo, é possível vislumbrar que o princípio da presunção da inocência é de suma importância para o acusado, pois ele conceitua que não será imputado culpabilidade ao indivíduo até que se tenha todo processo penal e apure de fato a culpa do cidadão, somente então será possível falar em culpado após a sentença penal condenatória.

Conforme é conceituado o princípio deve ser usado como meio de limitação para punir. É essencial que os estatais competentes apliquem o princípio com atenção e cuidado pois é dever dos órgãos competentes garantir ao ser humano a sua inocência, não devendo focar apenas no dever do estado de punir.

As finalidades processuais do princípio é justamente orientar e limitar os órgãos públicos, para que não tenham atitudes inconstitucionais. O direito de permanecer calado é um direito que garante ao acusado que ele não é obrigado falar, depor, para colaborar no processo de investigação, e mais o silêncio do acusado não pode trazer prejuízos para ele.

Assim, tem que ser sempre levado em consideração que o acusado não produz provas contra ele mesmo, ele tem o direito de não produzir nenhuma prova para ajudar na decisão futura, além disso, ressaltar-se que toda prova produzida pela pessoa acusada, só será lícita se for produzida de forma legal.

Em se tratando do âmbito da proteção do princípio, é fundamental e que nas esferas estatais o Código Penal, Constituição Federal e demais tratados e leis sejam aplicados em todas as situações, pois não adianta ter as previsões legais garantindo direitos fundamentais, se na prática não forem aplicados de forma correta.

Sendo assim, para que se tenham a efetivação do princípio e ocorra o seu objetivo é necessário que o acusado tenha suas garantias asseguradas, e somente em último plano ocorra a sua limitação.

Em se tratando das restrições da presunção da inocência, constantemente o princípio é violado por abusos e excessos do próprio poder estatal. O ordenamento prevê restrições ao princípio mais de maneira excepcional, de forma justificada e proporcional.

Frisa-se que, a liberdade do indivíduo e o seu patrimônio são protegidos pela Constituição Federal, mas por motivos justificados e excepcionais poderão sofrer restrições. Completa-se que, é permitido restrições aos princípios, contundo, violações não são permitidas, e decisões proferidas tendo como base violações legais, são nulas e inconstitucionais.

Nesse âmbito, tem se duas extensões, a subjetiva são os sujeitos passivo da presunção da inocência, que serão qualquer pessoa que está sendo acusada, já o sujeito ativo são os agentes públicos que irão conduzir todo trajetória processual penal, já em se tratando da extensão objetiva, podemos definir como as fases da persecução penal.

Ademais, no sistema brasileiro temos a modalidade de prisão preventiva, que é sempre usada antes da sentença condenatória, tendo como o seu objetivo limitar a liberdade do acusado quando é necessário para assegurar o cumprimento da lei.

Dessa maneira, o princípio da presunção da inocência é fundamental para aplicar as garantias fundamentais ao acusado, tendo em vista que a pessoa acusada ainda não é culpada, e deve ser tratada de maneira integra e constitucional. Apesar de ter normas para garantir sua efetivação, elas podem sofrer restrições, desde que não seja violações. Por isso, é de suma importância que haja a garantia do princípio da presunção da inocência a qualquer cidadão sem que se tenha algum defloramento para que se possa evitar a culpabilidade de um ser humano que possa ser inocente.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Menezes. **A Presunção da Inocência e sua Efetividade**. 62 fl. 2013. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Graduação em Direito, Fortaleza.

BRASIL, Decreto- lei n° 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 21 de maio de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 16 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto-lei 678, de 6 de novembro de 1992. **Pacto de São José da Costa Rica.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm >. Acesso em 21 de maio de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Prisão Preventiva**. Disponível <https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/guia-juridico/prisao-preventiva>. Acesso em 23 de junho de 2022

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 1764. Trad: Nelson Jahr Garcia. 2001. Versão para eBook: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <https://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em 03 de junho de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANÇA. Embaixada da França. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 21 de maio de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Curso de Execução Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Igor Luís. **Princípios Penais.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Lucas Paulo. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação penal 676**. Mato Grosso. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br ›. Acesso em: 06 Jun 2022.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal.** 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **Habeas-corpus n°149818120188090000**. 2018. Disponível em: < https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931942130/habeas-corpus-149818120188090000>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Gabriela Maciel Lamounier[28]
Raphael Araújo Silva[29]

RESUMO: O Princípio da Adequação Social no Direito Penal é princípio hermenêutico que exclui a tipicidade material do delito. O objetivo deste artigo é analisar o Princípio da Adequação Social, sua aplicabilidade no direito penal brasileiro e prováveis consequências jurídicas de sua aplicação. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, desenvolvida através de doutrinas e artigos jurídicos publicados em revistas impressas e eletrônicas. Utiliza-se também a pesquisa documental, desenvolvida através de jurisprudências e da legislação brasileira.

Palavras-chave: Princípio da Adequação Social. Tipicidade material. Tolerância social.

INTRODUÇÃO

As mudanças penais legislativas não conseguem acompanhar a evolução e demandas da sociedade brasileira. Então, muitas vezes é preciso interpretar as normas penais à luz da realidade fática e aplicar certos princípios penais ao caso concreto para que se possa aproximar da ideia de justiça.

---

28 Advogada – S.L.A. Advocacia Sistêmica. Professora universitária. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual e Direito Ambiental pela PUC/MG. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestra e Doutora em Direito Público e Pós-Doutora em Direito Penal pela PUC/MG. E-mail: gabilamounier78@gmail.com.

29 Tenente da PMMG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Ciências Militares – APM/UNIMONTES. Especialista em Direito Penal, Processual Penal e Direito Administrativo pela FGV. Especialista em Docência no Ensino Superior pelo Instituto Federal do Sul de Minas. E-mail: raphaelqw236@gmail.com.br.

Destaca-se que, a violação de um princípio é ofensa extrema e gravosa, muito maior do que a transgressão de uma regra. A violação da regra aduz à infração de um elemento normativo específico, enquanto que a transgressão do princípio, atinge todo o sistema jurídico.

É o que ocorre com a aplicação do Princípio da Adequação Social. O comportamento humano, por mais que esteja previsto como uma conduta criminosa, pode não ofender o senso de justiça, por ser uma conduta socialmente adequada. Então, exclui-se a tipicidade material do fato.

Ressalta-se que, os princípios resguardam e sustentam os direitos fundamentais, quando de forma genérica, servem de norteadores do ordenamento jurídico, isto implícita ou explicitamente.

Desta forma, considerando que a firme razão da norma é a sua subserviência à sociedade, torna-se evidente a necessidade de adequação e interpretação do texto normativo ao contexto cultural, político e social. A justaposição destes elementos irá impedir o colapso na aplicação da norma e alcance da justiça.

No primeiro capítulo estuda-se o Princípio da Adequação Social abordando sua origem e conceito. Já no segundo capítulo, a aplicabilidade deste princípio é abordada perante o Direito Penal, ressaltando-se a uma análise doutrinária e jurisprudencial da aplicação do Princípio da Adequação Social.

1 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O Princípio da Adequação Social é decorrente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, encontrando conformidades com os preceitos da Constituição Federal de 1988.

Tal princípio sustenta-se como elemento balizador do Direito Penal, devendo ser contemplado extensivamente na elaboração, interpretação ou aplicação das normas penais.

1.1 CONCEITO

O Princípio da Adequação Social foi desenvolvido por Hans Welzel, como um princípio de interpretação, segundo o qual uma conduta humana poderia configurar um crime em seu aspecto legal, mas ainda assim afastaria a sanção penal por se encontrar no âmbito de aceitação e tolerância social (SCANDELARI, 2018).

As normas penais, se legitimam na medida de sua necessidade social. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro precisa se adequar às mudanças sociais, de forma a resguardar somente os bens e valores mais significativos.

Segundo Welzel (2003, p. 106), "socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história."

> A questão do desvalor do ato e do resultado sempre esteve implicitamente presente em toda a dogmática, desde a teoria causal, mas começou a vir à tona com a teoria finalista, por sua concepção do injusto pessoal: o injusto não é produzido pela simples causalidade, mas somente como obra de uma determinada pessoa, tendo em vista os seus objetivos, motivos ou deveres para com o fato, que apresentam a mesma importância para o injusto que a lesão efetiva de bens jurídicos (TAVARES, 2003, p. 299).

Capez (2020) critica o conceito de adequação social alegando que ele cria insegurança jurídica diante de sua imprecisão, já que a análise do caso concreto é repleta de subjetividade, não se acertando às exigências da moderna dogmática penal.

Evidencia-se neste conceito, a relevância do tipo penal levada à contextualização da conduta. A ferramenta principiológica presta-se a fiel utilidade social. Neste aspecto, avaliação do comportamento

humano como sendo criminoso, deverá ser submetido ao filtro da adequação social.

1.2 TIPICIDADE MATERIAL

Serão típicas as condutas que extrapolarem os limites da liberdade social, após análise do valor da conduta e do resultado.

Ademais, a conduta deverá ser grave e deferente ao contexto histórico de aplicação da norma, não aquele vivenciado pelo legislador. O Direito Penal guarda caráter dinâmico e recoberto por traços sociais e valores mutáveis.

Percebe-se um equívoco jurídico de proporções nefastas, a análise da tipicidade apenas no aspecto formal. Não se pode admitir a tipicidade formal como verdade absoluta e aplicável, já que a tipicidade material se consolida como essencial à construção da tipicidade como totalidade.

Uma conduta considerada não lesiva ao bem jurídico por ser socialmente adequada, torna-se um indiferente penal e deve-se excluir a sua tipicidade material. (NUCCI, 2020)

Não basta a conduta estar prevista em lei como criminosa (tipicidade formal) para existir o crime, a conduta tem que ferir o sentimento de justiça para ser materialmente típica.

Segundo Bitencourt,

> A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica. (BITENCOURT, 2020, p. 134 -135)

Desta forma, a tipicidade material atua como instrumento que aufere valor a conduta e ao resultado, ante o tipo penal, orientado pelos direitos humanos, contexto histórico e realidade cultural.

Tal abordagem, torna-se imprescindível, tendo em vista que o Princípio da Adequação Social incidirá diretamente sobre a tipicidade material. Desta forma, reitera-se que as condutas socialmente adequadas (toleradas ou aceitas) ainda que sejam formalmente típicas, serão materialmente atípicas, pois exclui-se a tipicidade material, e em consequência a tipicidade penal.

1.3 DIFERENÇAS ENTRE A ADEQUAÇÃO SOCIAL E A INSIGNIFICÂNCIA

Os Princípios da Adequação Social e da Insignificância (Bagatela), apesar de terem o mesmo efeito jurídico, a exclusão da tipicidade material, apresentam diferenças.

O Princípio da Insignificância é aplicado quando a conduta gera uma lesão ínfima, de escassa gravidade ao bem jurídico tutelado. Já o Princípio da Adequação Social é aplicado quando um comportamento previsto na norma penal como crime, é aceito pela sociedade (SCANDELARI, 2018).

Aplica-se o Princípio da Insignificância quando há relativa tolerância da conduta em virtude da ausência de lesão ou da ínfima lesão provocada.

Na adequação social, a conduta criminosa deixa de ser punida, porque a exclusão da tipicidade material fundamenta-se na aceitação e tolerância da sociedade em geral e falta de lesão ao direito de outrem. Na insignificância, a exclusão da tipicidade material fundamenta-se na lesão irrelevante causada ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

2. ESTUDO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO DIREITO PENAL

Necessário esclarecer que a aplicação do Princípio da Adequação Social não tem o poder de revogar a norma penal.

Segundo Rogério Greco:

> Embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadoras a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o *caput* do art. 2.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (GRECO, 2020, p. 106).

Percebe-se ante aos fragmentos expostos, que o Princípio da Adequação Social deverá direcionar a análise do julgador diante do caso concreto. Porém, não se sustentará a alegação do agente de que, a reiterada prática de conduta criminosa, ora percebida no seio social, estará adequada socialmente ou até mesmo, descriminalizada.

É muito importante a colocação de André Estefam e Victor Gonçalves sobre a adequação social e a complacência:

> A tipificação de fatos socialmente adequados deve ser repudiada e, dada sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, por se revestir de inegável abuso do poder de legislador, há de ser tida por inconstitucional. É importante, todavia, não confundir adequação social com mera

> leniência ou indulgência. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 193)

Verifica-se que que não é qualquer conduta que acorre frequentemente na vida da sociedade que será considerada materialmente atípica. Pode acontecer de uma conduta ser aceita e tolerada por parte da sociedade, devido ao próprio cenário cultural.

2.1 CRIMES

São exemplos de condutas materialmente atípicas em que há aplicação do Princípio da Adequação Social: furar orelha para colocar brinco, trotes acadêmicos dados em calouros (desde que moderados), lesões corporais causadas em partidas de futebol ou em lutas de MMA, lesão corporal provocada por tatuagem.

Importante salientar a visão de André Estefam e Victor Gonçalves (2020) de que alguns fatos são tolerados por parte da sociedade, mas isto não quer dizer que seja um comportamento socialmente adequado. Para exemplificar o autor cita a contravenção penal prevista no artigo 58 do Decreto Lei 3688/41 - jogo do bicho.

> Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:
> Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.
> Parágrafo único. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro. (BRASIL, 1941)

Há que se ter muita cautela, pois essa prática fomenta a criminalidade organizada e a corrupção de órgãos policiais e, na

maioria das vezes, vem associada com a prática de outros crimes. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020)

Já o crime descrito no artigo 234, CP - Escrito ou Objeto Obsceno – gera indignações em relação à abrangência das condutas descritas como crime.

> Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.
> Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem:
> I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;
> II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;
> III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno. (BRASIL, 1940)

Esse artigo precisa, urgentemente, ser revogado. Atualmente, existe a proliferação da "indústria do sexo." Produtos e objetos mencionados neste artigo são encontrados com facilidade em bancas, livrarias e lojas de *sex shop*, por exemplo. Na maioria das vezes, não há efetiva vontade do Estado em punir agentes pela prática deste crime. Mas havendo a existência de procedimento criminal, deve-se aplicar o Princípio da Adequação Social (GRECO, 2017).

Outro crime em debate é o "Casa de prostituição". Previsto no artigo 229 do Código Penal, configura conduta criminosa a manutenção de estabelecimentos em que ocorra exploração sexual, ou seja, prostíbulos.

> Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:
> Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa. (BRASIL, 1940)

Diante da proliferação da indústria do sexo supramencionada, questiona-se também a tipicidade material deste crime.

A prostituição somente não é tipificada como crime, e sim a manutenção de locais em que ocorra essa prática. Mas o próprio tipo penal dispõe que o proprietário ou gerente não precisa ter a intenção de lucro. Esta conduta é mesmo típica? Existe relevância social que justifique a imposição de pena de reclusão de dois a cinco anos e multa?

A conduta é sim criminosa e revestida de tipicidade material quando envolve crianças e adolescentes. Mas há previsão específica para tal crime. (DUTRA; MOREIRA, 2021)

Nas palavras de Ricardo Andreucci,

> A tipificação de uma conduta criminosa deve ser precedida de uma seleção de comportamentos, não podendo sofrer valoração negativa (criminalização) aquelas aceitas socialmente e consideradas normais. (...)
> Em razão de sua subjetividade, este princípio deve ser analisado e aplicado com extrema cautela pelo jurista (ANDREUCCI, 2013, p. 44).

Quando o poder legislativo não revogar a norma penal incriminadora cuja conduta é aceita socialmente, o poder judiciário deverá aplicar o Princípio da Adequação Social buscando equilibrar a defasagem entre a evolução social e a atualização legislativa. Então, poder judiciário poderá excluir a tipicidade material de um fato criminoso em análise de um caso concreto (NOVAES, SANTORO, 2009).

Muito já se discutiu sobre o crime de violação de direitos autorais previsto no artigo 184 do Código Penal. Em 2013, o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento, através da Súmula 502, no sentido de não aplicar o Princípio da Adequação Social em relação à venda de CDs e DVDs piratas (GRECO, 2020).

> Súmula 502, STJ: Presentes a materialidade e a autoria afigura-se típica, em relação ao crime previsto no artigo 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas (MPPR, 2016).

O legislador deverá buscar a correta avaliação dos processos de desenvolvimento humano e social, evitando a criminalização de condutas que foram evidentemente abarcadas pelo juízo social. Ainda, a conduta que um dia foi inaceitável, passando a ser, deverá ter o tipo revogado pelo legislativo.

Não somente durante a aplicação da lei, tal princípio deve ser observado, pois o processo legislativo, no tocante a elaboração do tipo penal, deve ser permeado pela análise dos comportamentos aceitos e tolerados pela sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento da conduta tipificada como criminosa perpassa pela construção hermenêutica que deverá analisar a tipicidade material (teoria do delito). De certo que, o Princípio da Adequação Social da conduta no Direito Penal, somente poderá ser observado perante uma ação ou omissão, tolerada pela sociedade.

Isto posto, sedimenta-se a convicção de que o Princípio da Adequação Social não pode ser invocado ao socorro de qualquer conduta, tão pouco, deixando de observar lesão aos direitos fundamentais.

Ainda, torna-se evidente que o costume, por si só, não revoga a lei e a atualização legislativa nem sempre acompanha a evolução da sociedade. Em um Estado Democrático de Direito condutas toleradas ou aceitas pela sociedade não deverão ser positivadas como sendo criminosas, já que, poderão ser consideradas materialmente atípicas. E, não se pode olvidar que nem todas as condutas imorais são consideradas criminosas.

Por todo o exposto, conclui-se que a observância do Princípio da Adequação Social, desde o processo de elaboração da norma pelo legislador, até a análise do caso concreto pelo magistrado, garantirá à lei, sua plena efetividade e eficácia ante à mutabilidade social e consolidação da justiça.

Sendo aplicado o princípio, exclui-se a tipicidade material do crime tipificado em lei. Então, é plausível considerar o Princípio da Adequação Social como uma causa supralegal de exclusão da tipicidade.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**: caderno especial: resumo de toda a matéria. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Código Penal.** 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 07 Jul 2022.

BRASIL. **Lei de Contravenções Penais.** 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 28 Jul 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. Vol. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DUTRA, Michael Douglas Costa; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **Princípio da Adequação Social**: a aceitação social de determinada conduta criminosa, pode torná-la atípica? 2021. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9096>. Acesso em: 28 Jul 2022.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – parte especial (artigos 213 a 361). 14. ed. Vol. 3. Niterói/RJ: Ímpetus, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Informativo 274. Súmula 502 STJ** - Expor à venda CDs e DVDs. 2016. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/pagina-1276.html>. Acesso: 10 Jul 2022.

NOVAES, Felipe; SANTORO, Antônio. **Direito Penal.** Coleção Tópicos de Direito. Vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCANDELARI, Gustavo Britta. Adequação Social: ainda um critério útil para a limitação do Direito Penal? Exame do art. 229, CP. **Revista Justiça e Sistema Criminal.** Curitiba, v. 10, n. 18, p. 81-98, Jan./ Jun 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução: Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Bruno Alves Silva[30]

RESUMO: O propósito deste artigo é trazer uma abordagem histórico-evolutiva do princípio matriz dos ordenamentos jurídicos: o devido processo legal. O artigo traz em suas linhas a necessidade de defesa e efetiva aplicação do devido processo legal penal, visando dar segurança jurídica e efetividade aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos frente ao Estado. A metodologia utilizada para a produção do texto foi a histórico-bibliográfica e a pesquisa documental, com estudo em doutrinas, leis e na jurisprudência.

Palavras-chave: Devido Processo Legal. Imparcialidade. Garantias fundamentais.

INTRODUÇÃO

O devido processo legal, é um princípio previsto na Constituição Federal que limita a atuação do Estado.

No direito comparado, tal princípio é denominado *due process of law*. Originário do direito inglês e americano, o Princípio do Devido Processo Legal é o princípio matriz dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Dele podem ser derivadas todas as demais garantias e princípios adotados no direito, pois delineiam aquilo que se espera como um processo minimamente adequado a cumprir seus objetivos.

O devido processo legal, gize-se, não é uma garantia que nasceu junto com a democracia, de fato não é. Ele precede os sistemas democráticos contemporâneos e teve papel não desprezível mesmo no período das monarquias absolutistas europeias. A democracia moderna abraçou o devido processo, mas realmente, não o produziu.

---

30 Advogado, Diretor do Núcleo de Direito Criminal do AMV- Alves & Mello Vianna Advogados Associados. Especialista em Ciências Penais pela PUC Minas.

Necessário, portanto, lançar olhar furtivo na história do direito, sob pena de deixar um vazio quanto ao nascimento desse símbolo de resistência principiológica. O Princípio do Devido Processo Legal compõe a essência do próprio ser humano de buscar a igualdade de condições entre seus pares, de se impor como uma torre perante a tirania que passa pelo mundo e prover um direito minimamente dotado de segurança jurídica.

Para um melhor entendimento do conceito e da aplicabilidade deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo científico é divido em três capítulos.

O primeiro capítulo procura contextualizar o devido processo legal na história da humanidade, abordando sua origem e evolução. O segundo capítulo aborda o Princípio do Devido Processo Legal no direito brasileiro, destacando-se a limitação do poder estatal e o combate à arbitrariedade dele. Para finalizar, analisa-se a aplicação do princípio em um julgado do Superior Tribunal de Justiça.

A metodologia utilizada foi a histórico-bibliográfica realizada em pesquisas doutrinárias e artigos científicos, bem como pesquisa documental, com estudo em leis e na jurisprudência.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A história humana já demonstrou a existência do poder da tirania desde a Antiguidade.

O livro "O Processo" mostra a vida do personagem Josef K., um funcionário exemplar de uma agência bancária. A narrativa conta que na manhã em que Josef K. completou 30 anos de idade, dois guardas o detiveram em seu próprio quarto, e tiveram a ousadia de tomar o café que era dele e, depois, sugeriram que foram subornados. É neste momento, inicia o pesadelo de Josef K., um homem que foi detido sem saber o real motivo (KAFKA, 2020).

Em seu interrogatório, um inspetor rude e agressivo, o ameaçava e o chantageava. Josef K. exigia esclarecimentos, mas era um protesto

inútil, uma vez que nem o inspetor e nem os guardas sabiam sobre o motivo de sua detenção (KAFKA, 2020).

Ele tentou contactar o judiciário, mas não obteve êxito, ele era apenas mais um que ficaria aguardando por muito tempo até ser atendido. Seu processo apresentava questões duvidosas, os acusadores e as testemunhas tinham comportamentos estranhos, condutas incoerentes e suspeitas. No final, Josef K. estava desencorajado de continuar lutando contra o desconhecido, ele se encontrava letárgico perante o poder do Estado.

Essa realidade narrada na crônica Kafkaniana mostra a vida sem o devido processo legal penal, desde a detenção do personagem, seu interrogatório e súplica ao poder Judiciário.

A humanidade viveu tempos assim, de obscuridade, de poder concentrado na força bruta, sem qualquer garantia ao indivíduo. Dessa forma, para entender o devido processo legal penal e sua importância, temos que buscar suas origens e repercussões nos ordenamentos espalhados pelo mundo.

1.1 ORIGEM

Pois bem. O termo "devido processo legal" deriva da expressão *due process of law*, oriunda da Magna Carta, mas não de sua versão original, de 1215, e sim de uma reedição abreviada, de 1354 (VITORELLI, 2018).

Todavia, o decreto de Conrado II, Imperador do Sacro Império Romano, datado de 28 de maio de 1037, previa a proibição de alguém ser privado de sua vida sem um julgamento de seus pares. Nesta senda, é perceptível que, desde a idade antiga existia uma noção de que um processo era considerado necessário, ou seja, devido, para que determinada decisão jurídica fosse tomada (MACHADO, 2020).

Na obra *A apologia de Sócrates* é possível extrair princípios de organização do procedimento judicial que eram considerados obrigatórios pelos gregos. Um homem chamado Meleto instaura um processo contra Sócrates. Já existiam regras para a composição do

tribunal julgador e Sócrates teve ciência do que e por quem estava sendo acusado, sendo-lhe oportunizado apresentar sua defesa antes da decisão final. Percebe-se que para existir uma condenação, haveria antes um processo com regras previamente definidas (VITORELLI, 2018).

Veja então que há vislumbres da devida legalidade nas epopeias gregas.

Com o transcorrer do tempo e evolução social, o Princípio do Devido Processo Legal penal acompanhou, ainda que timidamente, a caminhada humana.

1.2 A EVOLUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A FORMAÇÃO DAS DEMOCRACIAS OCIDENTAIS

Avançando na linha do tempo, e chegando ao nascimento do que se denominou de as democracias ocidentais, com a Revolução Francesa no ano de 1789 e sugestivamente seu lema de Liberdade, Igualdade e Fraternidade ecoou pelo mundo e trouxe uma mudança na concepção do Estado, pondo fim ao absolutismo e dando luz aos direitos individuais e universalização dos direitos sociais. Tamanho foi o impacto de tais pensamentos que floresceram grandes obras voltadas para as garantias individuais.

A respeito da importância da Revolução Francesa, Hobsbawm afirma que:

> [...] a França que fez suas revoluções e a elas deu suas ideias, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de todas as nações emergentes [...]. A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. [...] A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações

> que tinham até então resistido às ideias europeias inicialmente através da influência francesa. Essa foi a obra da Revolução Francesa (HOBSBAWM, 2014, p. 98).

Mas para fins de expansão, aplicabilidade e influência global, foram os Estados Unidos da América quem se firmaram como ponto central da segurança jurídica e do devido processo legal com a sua Constituição.

A respeito do tema Kristol conclui que:

> A Constituição Americana é um documento altamente paradoxal. Retoricamente, é seco, legalístico, carente de eloqüência. Substantivamente, embora na verdade não seja "a obra de homens que acreditassem no pecado original", como pensava James Bryce, revela sem dúvida aquilo que se poderia chamar de visão "realística" da natureza humana – i.e, uma visão mais consciente da ausência de virtudes humanas que de sua presença, uma visão céptica quanto à capacidade dos seres humanos se governarem sem a prévia imposição de severos autocontroles institucionais. Não há "fé democrática" visível nessa Constituição. Mesmo assim é um documento fundamental que é venerado por um povo para quem uma tal "fé democrática" representa um dogma popular tão inquestionável quanto se pode imaginar numa era secular como a nossa (KRISTOL, 1988, p. 5, *apud* ALBINO JÚNIOR, 2012).

Nesta Carta de direitos jurídicos forjada pela convicção daquele povo, estão contidas as regras para limitação do poder do governamental e, por outro lado, a proteção para os direitos individuais dos cidadãos, podendo encontrar a ideia do devido processo legal em seu artigo 5º.

> Ninguém poderá ser detido para responder por crime capital, ou por outra razão infame, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser sujeito, por duas vezes, pelo mesmo crime, e ter sua vida ou integridade corporal postas em perigo; nem poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização (RAMOS, 2006, p. 265).

As pequenas adaptações e adendos ao texto principal foram se cumprindo ao longo da história quando, em 1868, entrou em vigor a Décima Quarta Emenda, que passou a ser chamada de cláusula do devido processo legal (PALERMO, 2002).

> Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis (SILVA, 2021).

Assim, despontou os Estados Unidos da América como país não apenas da oportunidade e do sonho americano, mas de uma nação que zela pelos direitos dos seus cidadãos, garantido um devido processo legal amplo e garantista.

Na esteira do exemplo americano, vários estados latino americanos adotaram em seus ordenamentos jurídicos o devido processo legal penal, preservando-o em maior ou menor grau. Não se pode olvidar que muitos desses países estiveram submetidos a regimes ditatoriais, mas ainda assim, o caminho havia sido trilhado e não poderia ter volta.

1.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL PÓS 2ª GUERRA MUNDIAL

Após o retrocesso gerado pela 2ª Grande Guerra e impulsionados pelos horrores nazistas na Europa ocupada, floresceu no mundo, na assembleia geral das nações unidas, o documento de cunho universal que fortificou o princípio do devido processo legal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948 trouxe para o campo mundial, o Princípio do Devido Processo Legal gerando uma onda de otimismo pelo mundo, sobretudo em países cuja sombra ditatorial ainda existia (UNICEF, 1948).

Veja-se os artigos em destaque:

> **Artigo9**
> Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.
> **Artigo 10**
> Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.
> **Artigo 11**
> 1.Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido

> asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. (UNICEF, 1948)

Dentro desse ensaio mundial sobre a expansão do devido processo legal penal, a iniciativa pós-guerra reverberou pelo mundo, porém só chegando definitivamente em terras brasileiras 40 anos depois.

2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DIREITO BRASILEIRO

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Transcorridos mais de 200 anos, o direito brasileiro teve consolidado este direito com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma nova era para o ordenamento jurídico pátrio, no caso específico do direito processual penal uma verdadeira revolução.

O mecanismo revolucionário a que se refere está vazado no artigo 5º, LIV, do texto constitucional, *in verbis*:

> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988)

O referido artigo é uma garantia/princípio, lançado de maneira expressa no texto constitucional por opção do poder constituinte originário, e vem resguardado no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, tamanha a envergadura de seu preceito.

Em verdade, os princípios constitucionais são, na melhor hermenêutica, orientações gerais profundamente enraizadas no ordenamento jurídico, servindo para a estruturação das leis processuais, sua aplicação, bem como para trazer segurança jurídica.

O devido processo legal assegura a obediência à ampla defesa e ao contraditório, respeitando os ditames constitucionais.

> Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). (LIMA, 2020, p. 58)

O contraditório e a ampla defesa são pilares do devido processo legal, buscando proteger as garantias individuais (PACELLI, 2020).

2.2 A LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Princípio do Devido Processo legal se materializou no ordenamento jurídico e sua consolidação era necessária, até por isso, o legislador constituinte originário optou por lançar mão desde princípio no texto expresso da Constituição, mas não apenas isso, no rol dos direitos e garantias fundamentais, de aplicabilidade imediata.

De acordo com o Princípio do Devido Processo Legal, ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem que exista um processo penal que obedeça às regras processuais pré-estabelecidas, devendo o Estado atuar de modo proporcional, razoável e adequado.

Assim, voltando os olhos para o ordenamento jurídico interno, o Princípio do Devido Processo Legal passou a nortear a atuação do poder público. Por outras palavras, o Estado passou a ter uma série de

obrigações voltadas a uma finalidade legal que as Constituição e as leis lhe indicam.

Aury Lopes Júnior ensina que:

> O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 46).

Para atingir esses objetivos, o ordenamento jurídico confere ao estado uma gama de medidas para que este logre atingir os objetivos determinados em lei, mas para isso, deve o Estado de igual forma obedecer ao devido procedimento que a lei determina, seja em que ramo do direito for.

Desta feita, do procedimento licitatório ao ato de desapropriação, passando pela imposição de penalidades administrativas e desaguando no processo criminal e na aplicação das sanções previstas na legislação penal, tudo isso deve obedecer de maneira rigorosa, ao Princípio do Devido Processo Legal, cujo guardião é o Poder Judiciário.

Nos dizeres de Pacelli (2020, p. 1030) “não há, ainda, em nenhuma legislação brasileira, a possibilidade de imposição de pena privativa da liberdade sem o devido processo legal.”

A própria separação das funções (acusar, defender e julgar) no sistema acusatório é compatível com o Princípio do Devido Processo Legal, bem como a garantia da imparcialidade do juiz, pois a concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa é incompatível com o Estado Democrático de Direito, assemelhando-se aos regimes totalitários, absolutistas (LIMA, 2020).

E, não se admite a relativização da garantia da imparcialidade do magistrado (LOPES JÚNIOR, 2020).

Nas palavras de Eugênio Pacelli,

> O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio (PACELLI, 2020, p. 32).

No transcorrer do tempo, e pelo desenvolvimento da vida em sociedade, o Princípio do Devido Processo Legal vem evoluindo, moldando, assim, a própria jurisprudência dos tribunais. Se no conceito tradicional, o princípio do devido processo legal tinha um caráter proeminentemente processual, este confinamento na esfera processual passou a ser alargado, surgindo o termo devido processo legal substancial.

Este novo conceito vem concebido como uma verdadeira garantia que limita o poder estatal no sentido de poder limitar a própria legislação, afastando leis que possam violar o regime democrático, criando uma autolimitação ao poder do estado de legislar. Soa como um devido processo legal de caráter verificador das leis que estão vigentes e que possam vir a entrar no ordenamento jurídico, afigurando-se como um verdadeiro controle de constitucionalidade.

Nas palavras Doria (1996, p. 12): "(..) o conteúdo substantivo de *due process* é, pois, e deve continuar, insuscetível de confinamentos conceituais".

Nesta senda, surge um novo conceito do devido processo legal penal.

3 NOVA ROUPAGEM DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Sob esse novo prisma, o Princípio do Devido Processo Legal não atinge somente a forma, mas também a própria substância do ato, representando verdadeiramente a interação entre direito e processo para conferir a própria eficácia às normas.

Nesta senda, a preservação no campo processual penal de manter intocado o contraditório, a livre produção de provas, a publicidade dos atos judiciais, a imparcialidade do poder julgador, estão encarceradas dentro do preceito insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, e não podem ser tolhidos por norma posterior ou qualquer conduta do Estado que limite ou imponha constrangimento do indivíduo no pleno uso de suas garantias.

Algumas violações ao Princípio do Devido Processo Legal apontadas por Renato Brasileiro Lima (2020) são: a adoção de um rito processual por outro de forma equivocada; quando o relator do julgamento de uma revisão criminal tenha se pronunciado em qualquer fase do processo; quando em recurso exclusivo da acusação, na sessão de julgamento, o representante do Ministério Público se manifesta depois da sustentação oral da defesa.

A guisa de ilustração, eis o julgamento vinculado no informativo 735/2022, do Superior Tribunal de Justiça, quanto à preservação do devido processo legal penal:

> O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento "fundada suspeita de posse de corpo de delito" seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta

casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.
A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. (...)
Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos - diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar írritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade.
A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais - em verdadeiros "tribunais de rua" - cotidianamente constrangem os famigerados "elementos suspeitos" com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela. (...)
No caso, a guarnição policial "deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita" e, ao abordá-lo e revistar sua mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante do recorrente. Não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista no recorrente além da vaga menção a uma suposta "atitude suspeita", algo insuficiente para tal medida invasiva, conforme a jurisprudência deste

> Superior Tribunal, do Supremo Tribunal. (STJ, HC 158580/BA, 2022).

O que se tem aqui é, de fato, um verdadeiro controle judicial no que tange à atuação do Estado, no uso de seu poder de polícia ostensiva, em não impor seu livre arbítrio ao cidadão para escolher de maneira absolutamente casuística aquele que será submetido a procedimento de busca pessoal, mas sim, trazer a necessária fundamentação por decorrência de um devido processo legal já estabelecido nos artigos 1º, 37, *caput,* e 93, incisos IX e X, da Constituição Federal de 1988.

É por isso que o devido processo legal representa uma barreira instransponível quando se está diante de qualquer ação estatal, dando azo àquilo que a sociedade espera quando se colocou sob a tutela do poder governamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o Princípio do Devido Processo Legal, previsto na Constituição Federal, ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem que exista um processo penal prévio em que sejam asseguradas a ampla defesa e o contraditório.

É um princípio que atua contra a arbitrariedade do Estado, já que é ele que detém o *jus puniendi* (direito de punir).

Dentre os princípios implícita e explicitamente vazados na Carta Maior, o devido processo legal é, por excelência, a segurança do cidadão contra as ingerências do Estado. A violação ao devido processo legal pode levar à nulidade de atos processuais.

É por meio dele que é vedado ao Estado punir alguém, senão por meio de um processo judicial legítimo, com direito a produção de provas e a um contraditório, buscando influenciar no convencimento do julgador que deve ser imparcial. Não é concebível a ideia de aplicação de pena sem que exista o devido processo legal.

É o devido processo legal que impede o Estado de tomar a propriedade, de subtrair direitos já consagrados, vedando o retrocesso. Seja em que ramo do direito for, o devido processo legal é o farol que guia e protege o indivíduo e tal garantia se agiganta quando falamos do devido processo legal na seara penal.

REFERÊNCIAS

ALBINO JUNIOR, Gabriel Turbay. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. **Revista Âmbito Jurídico.** Rio Grande, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/uma-introducao-ao-principio-do-devido-processo-legal-a-origem-no-direito-comparado-conceitos-a-insercao-no-sistema-constitucional-brasileiro-e-suas-formas-de-aplicacao/>. Acesso em: 13 Jul 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição>. Acesso em: 10 Jul 2022.

DORIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional tributário e *due processo of law.*** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HOBSBAWM, Eric. **A Era das Revoluções**: 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

KAFKA, Franz. **O Processo**. 1925. Tradução: Mariana Ribeiro de Souza. São Paulo: Via Leitura, 2020.

MACHADO, Eder; SANTOS, Fábio Marinho. **Breves comentários**: o Devido Processo Legal na história da formação do Direito Ocidental. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80152/breves-comentarios-o-devido-processo-legal-na-historia-da-formacao-do-direito-ocidental>. Acesso em: 06 Jun 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** Vol. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **Instrumentos processuais de garantia no direito dos Estados Unidos da América.** 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2733/instrumentos-processuais-de-garantia-no-direito-dos-estados-unidos-da-america/3>. Acesso em: 10 Jul 2022.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de direito penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Alexandra Lima da. **A luta pela liberdade e os significados da decima quarta emenda nos EUA**. Disponível em: <https://pensaraeducacao.com.br/pensaraeducacaoempauta/a-luta-pela-liberdade-os-significados-da-decima-quarta-emenda-nos-eua/>. Acesso em: 10 Jul 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 158580/BA**. 2022. Relatoria Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1473947951/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-158580-ba-2021-0403609-0/inteiro-teor-1473948023>. Acesso em: 09 Jul 2022.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 09 Jul 2022.

VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Processual nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos: um contributo para a história das garantias processuais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, pp. 187-217, jan./jun. 2018.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA ESFERA CRIMINAL

Andreia Fargnoli Barbosa[31]
José Lúcio da Silva Martins[32]

Resumo: Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa são alicerces basilares de um sistema processual penal garantista em plena sintonia com a Constituição Federal de 1988. Constantemente esses princípios são influenciados pelas reformas processuais penais. Importante frisar que o direito de defesa deve ser visto, não só pela lente do interesse do acusado, mas também deverá se subordinar aos interesses da coletividade. Na mesma toada o contraditório é visto para além da defesa dos interesses particulares de cada parte. O contraditório se justifica no próprio modelo de Estado Democrático de direito.

Palavras chave: Contraditório. Ampla defesa. Direitos. Princípios.

INTRODUÇÃO

O ponto de partida do presente artigo está no disposto do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e trata o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

É de suma importância que os princípios penais se pautem em ter por diretrizes principais a Constituição Federal. O processo penal precisa ser sinônimo de garantia aos imputados com vistas às

31 Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Especialista em Direito de Família e Sucessões, Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade Única de Ipatinga MG. Conciliadora pelo Conselho Nacional de Justiça. E-mail: trabalhosdeia2020@gmail.com.

32 Graduado em Direito pela Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Cirurgião Dentista pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE. Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale de São Paulo. Secretário da Câmara de Instrução de Ética da Odontologia Suplementar do CROMG. E-mail: joseluciomartins@yahoo.com.br.

possíveis arbitrariedades estatais, sem, no entanto, perder de vista sua necessária efetividade de prestação jurisdicional.

Esses princípios penais podem ser vistos como instrumentos ou ferramentas de garantias ao cumprimento do texto da Constituição do Brasil.

Desta forma, utilizar-se-á como método de abordagem o hipotético-dedutivo e a pesquisa teórica, que expenderá o entendimento de vários doutrinadores além de expressar a opinião dos autores desse artigo acerca dos pontos considerados relevantes com posterior conclusão fundamentada em experiências práticas adquiridas ao longo do período laborado nos Juizados Civil e Criminal de Belo Horizonte.

O artigo está estruturado em dois capítulos, sendo o primeiro sobre o Princípio do Contraditório e o segundo sobre a Ampla Defesa, ambos seguidos de uma consideração final que visa a atingir o objetivo inicialmente delineado, explanar acerca do princípio do contraditório e ampla defesa no âmbito penal.

2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Inicialmente, é importante frisar que, alguns dos princípios foram edificados à condição de norma constitucional, a exemplo dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

Rangel (2015, p. 66) evidencia que "os princípios que regem o direito processual (penal) constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem".

Observa-se que, além da Constituição Federal de 1988, o Pacto de São José da Costa Rica, também confirma o contraditório e ampla defesa. Veja-se:

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial,

> estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992).

Nesse contexto, Lima dispõe que:

> Como se vê, o direito à informação funciona como consectário lógico do contraditório. Não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária. Daí a importância dos meios de comunicação dos atos processuais: citação, intimação e notificação (LIMA, 2020, p. 55).

Compreende-se que, a ciência do desenrolar processual com estabelecimento dos prazos processuais é de primordial importância para conferir a paridade de manifestação argumentativa entre os litigantes.

Dessa forma, Lopes Júnior identifica:

> O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 60).

Diante de tal observação constata-se que a arbitrariedade não deixa de ser um vício capaz de macular o poder jurisdicional do Estado, ainda que em nome de defender um interesse coletivo.

No entendimento de Lima (2020, p. 55), o contraditório, "deixou de ser visto como uma mera possibilidade de participação de desiguais para se transformar em uma realidade. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado".

Soma-se a isso o esclarecimento de Capez:

> A importância do contraditório foi realçada com a recente reforma do Código de Processo Penal, a qual trouxe limitação ao livre convencimento do juiz na apreciação das provas, ao vedar a fundamentação da decisão com base exclusiva nos elementos informativos colhidos na investigação, exigindo-se prova produzida em contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (cf. art. 155). O legislador manteve, dessa forma, a interpretação jurisprudencial já outrora sedimentada, no sentido de que a prova do inquérito não bastaria exclusivamente para condenação, devendo ser confirmada por outras provas produzidas em contraditório judicial. Ressalva a lei as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (CAPEZ, 2018, p. 63-64).

Lima (2020, p. 55) esclarece que, "seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis".

Entende-se que, ainda que sejam elementos básicos necessários que objetivam garantir a participação plena em todo o percurso processual, de forma velada, a bilateralidade esperada não está livre de ser solapada.

Além da Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Penal também se encontram dispositivos que que remetem-se ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

Veja:

> a) O art. 155, caput, que diz que "o juiz formará sua livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação...". A condenação não pode se pautar somente em prova colhida durante o inquérito porque, neste, não vigora o princípio do contraditório.
> b) O art. 479, que prevê que durante o julgamento no Plenário do Júri a parte não poderá ler documento ou exibir objeto que não tenha sido juntado aos autos com antecedência mínima de 3 dias úteis, para que, previamente, se possa dar ciência à outra parte. A finalidade é exatamente garantir a possibilidade do contraditório, evitando-se que a parte contrária seja surpreendida com o novo documento ou objeto.
> c) O art. 282, § 3º, que dispõe que o juiz, ao receber pedido de aplicação de medida cautelar pessoal, deve determinar a intimação da outra parte, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, para que possa apresentar seus fundamentos em sentido contrário. Esta oitiva prévia, entretanto, será incabível, conforme ressalva o próprio texto legal, se houver urgência ou perigo de ineficácia como consequência da oitiva prévia. Além disso, podemos ressaltar, como decorrência do princípio do contraditório, a possibilidade de reperguntas às testemunhas da parte contrária ou ao réu em seu interrogatório (art. 212 do CPP), a possibilidade de requerimento de novas diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (art. 402 do CPP), a necessidade de apresentação de resposta escrita logo após o

> recebimento da denúncia (art. 396 do CPP) etc (GONÇALVEZ; REIS, 2019, p. 102).

Verifica-se que o contraditório abre possibilidades de diálogo entre as partes da relação processual, vez que as partes podem debater acerca de possíveis divergências com o estabelecimento de uma paridade na relação processual. Para tanto é oferecido igualdade de condições a exemplo da possibilidade de apresentação de razões e contrarrazões.

Conforme esclarecido anteriormente, a ampla defesa e o contraditório, estão intimamente relacionadas com o princípio do *audiatur et altera pars*, quando traz como obrigatoriedade que a reconstrução da "pequena história do delito" seja formada com base na versão do polo ativo como também pelo polo passivo da relação processual. Isso está atrelado ao direito de audiência, no qual o juiz tem o dever de conferir a ambas as partes tal possibilidade, sobre pena de parcialidade (LOPES JÚNIOR, 2018).

Também, "exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz". (CAPEZ, 2018, p. 63).

Em verdade, "não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária" (LIMA, 2020, p. 55).

Reconhece-se que, caso contrário seria como um jogo de cartas marcadas onde haveria espaço para possíveis decisões unilaterais ou, no mínimo, tendenciosas.

Sobre o tema, configura-se o seguinte procedente:

> Ementa: Habeas corpus. Coação no curso do processo. Revogação da suspensão condicional. Desrespeito ao princípio constitucional do contraditório. Anulação. Necessidade. Extinção da punibilidade (art. 89, § 5º, Lei nº 9.099/95). Necessidade. - A revogação da

> suspensão condicional do processo, sem a oitiva prévia do acusado, configura patente afronta ao princípio constitucional do contraditório, pelo que deve ser anulada a decisão. Precedentes STJ. Concessão da ordem (TJMG, 2011).

Cumpre mencionar que, "(...) o princípio da ampla defesa obriga o juiz a observar o pleno direito de defesa aos acusados em ação penal. Em razão disso, ainda que o réu diga que não quer ser defendido, o juiz deverá nomear-lhe defensor" (GONÇALVEZ; REIS, 2019, p. 102).

Refletindo melhor, Padilha destaca que:

> Ocorre que, por vezes, as garantias simples não são suficientes para resguardar o direito, e a ofensa ao direito ignora a garantia que paira sobre ele. Nessas hipóteses, é necessário utilizar garantias mais incisivas, que provocam necessariamente intervenção de alguma autoridade. A estas garantias dá-se o nome de remédios constitucionais (PADILHA, 2020, p. 339).

Pacelli (2018) descreve ser o contraditório comum verdadeiro requisito que valida o processo, posto que sua não observância implicará nulidade absoluta, principalmente quando capaz de prejudicar o acusado.

Pondera-se que "o juiz deve dar "ouvida" a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido". (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 60).

Acredita-se que qualquer que seja a objeção do juiz em ouvir ambas as partes, pode gerar a impugnação da parte que venha ter prejuízo processual.

Necessário complementar que "também deriva do contraditório o direito à participação, aí compreendido como a possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária". (LIMA, 2020, p. 55).

Considera-se que tal possibilidade de participação dentro do mecanismo do devido processo legal se faz presente com a possibilidade de apresentação das contrarrazões em qualquer relação processual.

Ao passo que a defesa e o contraditório estão intimamente ligados. Desse modo é do contraditório que nasce o exercício da defesa como poder correlato de ação ao garantir o contraditório. A defesa, desse modo, garante o exercício do contraditório, mas também por este se manifesta. Dessa feita, faz-se íntima a relação e interação da defesa e do contraditório (GRINOVER; FERNANDES; FERNANDES; GOMES FILHO, 1992).

Dessa forma, pode-se considerar que a defesa e o ataque se mesclam num mesmo ato abrindo a caixa de diálogo entre as partes para que se encaminhe ao melhor juízo de valor de maneira mais assertiva.

2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Para assegurar o princípio da ampla defesa o legislador não poupou palavras e muito menos fez uso de linguagem obscura. Muito pelo contrário, quisera todo o texto constitucional ser redigido com linguagem tão clara quanto todo o zelo empregado na redação do artigo 5º do texto constitucional.

Como bem denota Capez (2018, p. 64), "o Estado deve proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados" (CF, art. 5º, LXXI V)".

Compreende-se com essa obrigatoriedade, que ninguém estará sem a cobertura da defesa técnica.

Segundo Pacelli (2018, p. 52), "embora ainda haja defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base".

No mesmo sentido Pacelli (2018, p. 53) destaca que “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado”.

Observa-se que a violação ao mencionado artigo configura claro cerceamento de defesa, maculando qualquer decisão.

Considera-se que são recursos distintos no qual o contraditório funciona como a possibilidade de contra-ataque. Por mais óbvio que possa parecer não é por demais frisar a diferença existente entre os dois.

Em linhas gerais, “o direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. (LIMA, 2020, p. 57).

Destaca-se que o raciocínio ora explanado guarda sintonia com o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> AGRAVO EM EXECUÇÃO - COMETIMENTO DE FALTA GRAVE - RECONHECIMENTO SEM PRÉVIA OITIVA DO APENADO - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO - CERCEAMENTO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. I. Em observância ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal, é imprescindível que o condenado, acusado do cometimento de falta grave, seja previamente ouvido pela autoridade judiciária antes de ser determinado o lançamento da mesma no Levantamento de Penas, a fim de que possa eventualmente justificar a violação que lhe foi imputada (TJMG, 2022).

Percebe-se que cabe ao Ministério Público e ao Juiz o encargo de fiscalizar o devido processo legal, juntamente com a defesa efetiva ainda que tenha o acusado representante constituído nos autos.

Nesse toar, importa esclarecer que:

> Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. Assim, qualquer que seja a situação que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo, é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, de sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça, em segunda instância), obriga, sempre, seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado, para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra (CAPEZ, 2018, p. 64).

Espera-se que essa amplitude de possibilidades garantam o cumprimento do contraditório e da defesa ampla sem qualquer restrição.

Com efeito, atinente ao princípio do devido processo legal, o processo penal necessita de partes em posições antagônicas. Para tanto, faz-se necessário que cada uma exerça o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. Como se vê, o exercício da defesa e do contraditório são manifestações simultâneas. Estão intimamente ligadas pelo próprio processo, sem que disso se possa concluir que uma derive da outra (LIMA, 2020).

Acredita-se ser essa a grande virtude do processo legal que, sem sombra de dúvidas, o torna límpido e claro, ou seja, livre de vícios e máculas quando conduzido com o devido esmero.

Por isso afirma-se que "a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado". (PACELLI, 2018, p. 54).

Compreende-se que, ainda que ccabe ao Estado disponibilizar àqueles que necessitarem, o disponibilizar o amparo necessário para apresentar sua defesa técnica. Além disso constata-se que a defesa é ampla desde que prevista legalmente e utilizada de forma correta. É um direito que jamais poderá ser negado às partes.

Entre o que merece realce, Lima complementa que:

> Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica), havendo entre elas relação de complementariedade. Há entendimento doutrinário no sentido de que também é possível subdividir a ampla defesa sob dois aspectos: a) positivo: realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria; b) negativo: consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu (LIMA, 2020, p. 57-58).

Salienta-se que a estratégia a ser adotada deverá ater-se ao aspecto da positividade e da negatividade. Por vezes, o exercício do silêncio constitucionalmente garantido seria a melhor estratégia de defesa do acusado.

Diante dessa arquitetura e beleza ímpar que se faz o devido processo legal, importa-se que aos operadores do Direito, estejam atentos aos princípios penais que o regem para que possam desempenharem seus ofícios da melhor maneira possível, atingindo assim os seus objetivos, garantindo a aplicação de uma pena justa desde que observados os princípios basilares do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seria um bom começo se a legislação processual penal brasileira se adequasse à nova realidade do que tatear em meio às trevas resultantes de uma cultura confessadamente autoritária. Entretanto

continuamos esperando uma reforma mais robusta e atualizada investida dos novos sopros imprimidos pela pós-modernidade.

Por todas essas razões, acredita-se firmemente que somente a partir da estruturação principiológica necessária do processo será possível, a exemplo, criar um modelo de processo com perfil acusatório que reproduza a nova realidade social.

Claramente, na atualidade não é mais admissível compreender e muito menos aplicar o processo penal destituído da filtragem constitucional.

Constatou-se que a Carta Constitucional de 1988 elevou o contraditório e a amplitude de defesa ao patamar de sustentáculo irremovível para o equilíbrio da relação-jurídico processual e extraprocessual entre os acusados em geral, e o Estado como figura garantidora, sepultando de maneira definitiva o ultrapassado sistema inquisitivo.

É preciso insistir que, a chamada justiça efetiva deve estar sempre alinhada com um processo penal atinente aos princípios constitucionais, ou seja, que respeite e jamais viole as normas do garantismo alcançado a duras penas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 14 Jul 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVEZ, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrii; FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães**. As Nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Habeas Corpus n° 1.0000.11.013355-0/000.** 2011. Escola Judicial Desembargador Edésio

Fernandes. Disponível em:< https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/2085?mode=full>. Acesso em: 16 jul 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **AGEPN: 10301170069902005. 2022.** Igarapé, Relator: Alexandre Victor de Carvalho, Data de Julgamento: 15/02/2022, 5ª câmara criminal, Data de Publicação: 15/02/2022). Disponível em:< https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1383432710/agravo-em-execucao-penal-agepn-10301170069902005-igarape>. Acesso em: 16 jul 2022.

O PRINCÍPIO *NON BIS IN IDEM* COMO VEDAÇÃO DA DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO

João do Nascimento[33]

Resumo: O presente artigo pretende-se argumentar sobre o princípio jurídico *non bis in idem*, como sendo um postulado normativo para balizar a conduta do julgado durante a dosimetria da pena, para assim evitar que o indivíduo seja punido mais de uma vez pela mesma infração ou delito. A intenção do texto é fazer uma interlocução acerca do conceito, origens, posicionamento do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre a vedação da dupla punição pelo mesmo fato. O artigo também argumenta que a vedação da dupla punição em razão da mesma infração é fundamento para proteger a dignidade humana do condenado, pois é inadmissível que uma pessoa sofra duas punições na mesma esfera em decorrência do mesmo fato. O viés argumentativo mostra que o princípio do Non bis in idem é um verdadeiro imperativo para que o juiz não transgrida o princípio da proporcionalidade ou equivalência da pena, porque ela deve ser aplicada e equivalente a uma conduta praticada. O artigo também argumenta sobre a importância do princípio para o Direito Penal, para se evitar se evitar a exorbitação na dosimetria da pena.

Palavras Chave: Infração penal. Dosimetria da pena. Princípio jurídico. Non bis in idem.

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe uma discussão sobre o princípio jurídico *non bis in idem*, ou seja, a vedação da dupla punição em razão da prática de uma infração penal. O objetivo das argumentações é demonstrar

33 Advogado. Especialista em Direito Militar, Direito Penal e Processual Penal, Docência do Ensino Superior, História da Ciência, História e Cultura Mineira e professor licenciado em História; e autor de diversos artigos Jurídicos, Filosofia e Sociologia. Contato: e-mail: adv.joao.20@gmail.com

que o ordenamento jurídico proíbe ou impede mais de uma punição atribuída a um mesmo fato, na mesma esfera jurídica; isto porque a pena tem uma finalidade que é a sanção do infrator pelo delito praticado, sendo assim, não pode servir de instrumento para sobrepor as normas legais e impor uma reprimenda que não se ajusta ao delito.

O Princípio *non bis in idem* visa proteger o individuo dos arbítrios do julgador, pois não permite a dosagem de pena duplicada para um único delito, visto que fere o devido processo legal e a função social e ressocializadora da pena, que teoricamente seria a reeducação do indivíduo para o convívio em sociedade.

Quando se refere à sanção no Direito Penal, pode se dizer que é aplicação de uma punição ou condenação como reprimenda pela prática de uma infração prevista em lei. Essa observação visa mostrar que a aplicação de sanção é para não incentivar o rompimento da norma; assim, é uma garantia que condutas contrárias à lei serão punidas para desestimular o cometimento de delitos, é uma sensação de proteção para a vítima e a sociedade.

Isso mostra ao indivíduo que há responsabilidade quando alguém pratica uma conduta típica e antijurídica, e também serve para criar no próprio infrator a ideia de que o crime não compensa porque será punido, e ainda, demonstra o caráter pedagógico da sanção, pois a intenção é despertar no condenado a ideia que errou e a pena aplicada é para reeducá-lo para ser reinserido no contexto social.

O artigo pretende argumentar sobre o Princípio *non bis in idem* e sua aplicação no direito penal, bem como analisar de forma breve a sua amplitude no direito penal brasileiro e as conexões com as normas internacionais, tais como o Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário.

1 CONCEITO E ORIGENS

A terminologia *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, como é conhecida no Brasil, é de origem latina, em termos semânticos significa que não deve ser repetido (*ne bis in idem*), ou seja, a pena não pode ser

duplicada em razão do mesmo delito. Dessa forma, fica proibido ao Estado impor a um indivíduo uma dupla sanção/pena ou um duplo processo pela prática de um mesmo delito. Resumindo: não se pode duplicar a pena para um mesmo delito.

O Princípio *non bis in idem* impõe que uma pessoa não pode ser processada, julgada e condenada duas vezes pelo mesmo fato ou conduta. Isso significa que nenhuma pessoa poderá sofrer arbitrariedades na condenação penal, pois o Estado Brasileiro proíbe a dupla punição sobre um delito, visto que afeta a dignidade da pessoa humana e afronta o Princípio da Legalidade além de ferir a função social da pena, e com isso maculando a ideia de ressocialização do indivíduo apenado.

Afinal, para o direito penal, a função da pena é a tentativa de recompor a violação de uma norma incriminadora, buscando equilíbrio jurídico através da responsabilização.

Porque no Brasil isso deve prevalecer? Por que é um país democrático constitucional, fundado no direito e na legalidade das decisões judiciais; tendo essa premissa como norte, qualquer pena que ofenda ao Princípio *non bis in idem* deve ser questionada porque o sistema judicial brasileiro repudia essa prática da pena dupla para o mesmo delito.

O Brasil é regido por um Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, conhecida como a "Constituição Cidadã", norma fundamental centrada no indivíduo como pessoa detentora de direitos e obrigações na orbita jurídica; e assim, o ordenamento brasileiro tendo como norte a própria Constituição, possui inúmeras normas e princípios que regem os indivíduos, seja para protegê-los ou para responsabilizá-los pelas condutas praticadas.

Isso ocorre porque o Estado contemporâneo superou os impulsos primitivos, a selvageria, o arbítrio próprio e o estado de natureza; atingiu-se um elevado patamar de desenvolvimento que concebeu os seres humanos como os destinatários das normas jurídicas, tudo isso somado ao Princípio *non bis in idem* destina a realização dos objetivos

efetivos de um Estado Constitucional de Direito, focado nos Pactos Internacionais e na proteção de direitos humanos.

Fala-se do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República, e superada essa breve descrição, trata-se do conceito e origens do Princípio *non bis in idem*, pois é necessária essa contextualização para que o leitor perceba que esse princípio enquanto norma, axioma e matriz que irradia seus efeitos pelo contexto jurídico, e deve ser compreendido no âmbito brasileiro e internacional.

O Princípio do *non bis in idem* está presente na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de José da Costa Rica), que foi recepcionada pelo Estado brasileiro com a promulgação do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, podendo ser percebido no art. 8º e art. 25; conforme pode ser observado:

> Artigo 8º - Garantias judiciais
> (...)
> 4. **O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.**
> (...)
> Artigo 25 - Proteção judicial
> 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Os dispositivos do Pacto de José da Costa Rica trazem proteção à liberdade pessoal e garantia da proteção judicial, por isso o Princípio *non bis in idem* é de extrema importância principalmente na seara

penal, porque é nela que o julgador deve garantir essa proteção da liberdade individual, com a aplicação de uma dosimetria da pena atrelada ao delito e sem excessos punitivos.

Apesar da Convenção Americana de Direitos Humanos não ter poder de vincular o contexto internacional, possuindo apenas um viés orientativo-consultivo, pois não pode obrigar a jurisdição penal brasileira; serve de norte ao Brasil e aos países signatários, no que tange a observância das normas e dispositivos inerentes à proteção dos direitos humanos nela contidos.

No caso do Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos é norma supralegal que deverá ser seguida já que, como mencionado anteriormente, foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto 678 de 1992, e conforme artigo 2º que versa o seguinte:

> Art. 2° Ao depositar a Carta de Adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: "O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea "d", não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado" (BRASIL, 1992).

Dessa forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é uma norma interna do Direito Brasileiro, e nesse aspecto integra o arcabouço jurídico nacional na proteção aos direitos humanos.

Segundo Rodolfo Maia, o Princípio *non bis in idem* é responsável por limitar a violência e o abuso na aplicação do *jus puniendi* estatal, pois o Estado encontra seus próprios limites na sua legislação.

> No inevitável embate dialético entre a liberdade e a segurança, que perpassa o processo de elaboração das normas jurídicas, configura-se como um instituto híbrido. Ao mesmo tempo garante a liberdade do indivíduo, limitando o exercício da violência legítima

> monopolizada pelo Estado contra ele, ao impedir seu duplo sancionamento (ainda que sacrificando eventualmente as demandas do interesse da coletividade), e é apanágio de segurança jurídica de todos, estabilizando a manifestação inicial do jus puniendi estatal e impedindo sua renovação permanente (MAIA, 2005).

O princípio em discussão adquire suma importância quando traz a baila a força jurídica para mostrar ao julgador intérprete e aplicador da lei que o ordenamento jurídico não admite uma pena que fuja à sua função social e que gere prejuízos à liberdade como um dos bens jurídicos mais preciosos que os indivíduos possuem.

O ministro Celso de Mello, na relatoria da ADIn nº 1480-DF, ressaltou:

> PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos

tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma

vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("*lex posterior derogat priori*") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. [...] (STF, 1997).

Observando os trechos da referida ADIn, percebe-se que relator ressalta que no sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais quando incorporados ao direito público interno, subordinam-se à Constituição da República; e dessa forma, possuem a mesma força normativa e a mesma validade que tem as leis ordinárias.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi introduzida no arcabouço jurídico brasileiro para a maior proteção de direitos humanos e fundamentais. Nesse caso, é um instrumento limitador e proibindo ao julgador enquanto representando do Estado a aplicação de dupla punição em matéria penal pelo mesmo fato incriminador.

Humberto Ávila (2018, p. 173) ressaltou que "os princípios são bases fundantes e interpretativas das regras a melhor aplicação, entendimento e para a fruição dos direitos das pessoas".

Para o autor, os princípios promovem conexão e sentido, pois traduzem a ideia de unidade e coerência jurídica ao ordenamento. Os princípios são normas articuladoras que servem para a aplicação das regras e sempre possuem um conteúdo de equidade, regularidade ou afastamento de alguma ilegalidade.

Os princípios não são meras ficções jurídicas, mas instrumentos sólidos que visam à proteção principalmente de direitos fundamentais, limitando a atuação que pretenda violar direitos fundamentais.

Neste contexto, o Princípio *non bis in idem* integra o ordenamento jurídico, limitando o poder de julgar e apenar os indivíduos conforme os termos legais das decisões judiciais. Pois a vedação da dupla punição é uma garantia de julgamento e condenação que atenda ao devido processo legal.

O Estado enquanto detentor do *jus puniendi*, na aplicação das penas, deve respeitar a vedação de *bis in idem* ou o Princípio *non bis in idem* porque as pessoas devem ter preservada a dignidade, não podendo está ser violada pelo Estado, ela é aquilo de mais nobre que os indivíduos possuem, pois quando o Estado viola um dos elementos necessários para constituir o complexo de direitos chamado de dignidade humana, acaba por impulsionar o indivíduo colocando-o as margens da proteção jurídica.

Por isso a pena deve ser adequada ao delito praticado senão ela passa a ser indigna, descabida e ilegal; e o Estado, consequentemente foge de sua função de aplicar a lei e passa a utilizar a pena como instrumento de vingança contra os indivíduos que ele próprio considerar indesejáveis socialmente.

2 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS *A QUO*, STJ E STF

Os objetivos do legislador constituinte foi colocar indivíduo como sujeito dos esforços jurídicos, pois nada faria sentido se as normas jurídicas irradiassem somente a força coercitiva e punitiva sobre os indivíduos, subjugando-os restringindo a liberdade sem critérios legais que limitassem a atuação estatal para garantir e proteger direitos fundamentais para que todo ser humano possa viver, desenvolver e seguir a dinâmica social na busca das suas aspirações.

Como base nas premissas e comandos constitucionais, o sistema judiciário brasileiro é estruturado em jurisdição estadual ou federal de primeira instância, Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal ou Tribunais Regionais Federais no âmbito da justiça federal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, enquanto corte suprema do Estado Brasileiro.

Dessa forma, com a atuação dessas instâncias tem-se um arcabouço jurisprudencial que pode ser utilizado para dirimir controvérsias jurídicas, principalmente quando há ofensa a princípios que protegem direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tais como a legalidade, a liberdade, a dignidade e a vida como sendo os maiores bens jurídicos tutelados pela norma constitucional ou infraconstitucional.

Nesse contexto de tutela e proteção jurídica, cabe aos tribunais superiores a função de produzir jurisprudências que serviram de alicerces para a aplicação na analise de demandas que chegam pleiteando a atuação jurisdicional. Assim, a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é essencial para construir precedentes de fundamental importância no mundo jurídico.

2.1 OS TRIBUNAIS A *QUO* E O STJ - A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *NON BIS IN IDEM*

O Superior tribunal de Justiça – STJ, em alguns casos é provocado a julgar demandas que versam sobre a violação de direitos garantidos previstos em lei federal, como é o caso do Código Penal e o Código de Processo Penal, principalmente em relação à imposição de penas ou de sanções que extrapolam o quantum relativo à infração praticada, constituindo dupla punição em razão do mesmo fato.

Anderson dos Santos, analisando o REsp 1.847.488-SP, argumenta que o Princípio *ne bis in idem* embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988 é um limite ao poder estatal e possui caráter de norma supra legal, já que foi incorporado ao direito brasileiro com *status* supralegal pelos Decretos 678 e 592, ambos de 1992, proibindo assim a dupla punição em razão do mesmo fato.

> Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a garantia do *ne bis in idem* é certamente um limite implícito ao poder estatal, derivada da própria coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Carta Magna) e decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (§ 2º do mesmo art. 5º). Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 4) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 7), incorporados ao direito brasileiro com status supralegal pelos Decretos 678/1992 e 592/1992, respectivamente, tratam da vedação à dupla incriminação. (STJ, 2021)

Na descrição acima fica evidente que mesmo não possuindo previsão expressa no texto constitucional, o Princípio *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, é fruto de pacto e convenção internacionais, os quais o Brasil é signatário e com isso foi incorporado ao ordenamento jurídico através dos Decretos 678/1992 e 592/1992, adquirindo força normativa,

eficácia e aplicabilidade para limitar o *jus puniedi* estatal e vedar a dupla punição.

Na ementa a seguir, o Tribunal de Justiça do Amapá, no mesmo viés de aplicação do Princípio *non bis in idem*, evitou uma dupla punição, pois identificou o mesmo réu e mesmo fato, e ainda uma sentença transitada em julgado na primeira instância.

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. NULIDADE DO PROCESSO. VEDAÇÃO DO PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM. DUPLA CONDENAÇÃO PELO MESMO FATO. 1) Configura ofensa ao princípio ne bis in idem a dupla condenação do réu pelo mesmo fato, a ensejar a nulidade do processo e da sentença condenatória do segundo feito, mormente quando a primeira sentença já transitou em julgado. 2) Apelação provida (TJAP, 2016).

É inequívoco que os tribunais *a quo* têm percebido tentativas de violação do Princípio *non bis in idem* e atuado acertadamente para evitar o sacrilégio do réu com a aplicação de dupla punição, de forma a caracterizar *bis in idem*, por isso a jurisprudência dos tribunais da federação brasileira ganha importância para proteger a regularidade na aplicação de penas.

O STJ, no julgamento do HC 285.589-MG, decidiu pela aplicação do Princípio *non bis in idem* por entender ser descabida uma segunda punição, porque o agente numa primeira ação penal já tinha sido condenado pelo crime de roubo contra o banco, e assim, não poderia ter uma segunda ação penal o condenando pelo mesmo crime de roubo em tese praticado contra o gerente do banco na mesma conjuntura fática, mesmo que a conduta relativa ao suposto segundo roubo não tenha sido levada ao conhecimento do juízo da primeira ação penal. Isso porque a conduta típica, ilícita e culpável, é a mesma.

DIREITO PENAL. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM.
O agente que, numa primeira ação penal, tenha sido condenado pela prática de crime de roubo contra uma instituição bancária não poderá ser, numa segunda ação penal, condenado por crime de roubo supostamente cometido contra o gerente do banco no mesmo contexto fático considerado na primeira ação penal, ainda que a conduta referente a este suposto roubo contra o gerente não tenha sido sequer levada ao conhecimento do juízo da primeira ação penal, vindo à tona somente no segundo processo. De fato conquanto o suposto roubo contra o gerente do banco não tenha sido sequer levado ao conhecimento do juízo da primeira ação penal, ele se encontra sob o âmbito de incidência do princípio ne bis in idem, na medida em que praticado no mesmo contexto fático da primeira ação. Além disso, do contrário ocorreria violação da garantia constitucional da coisa julgada. Sobre o tema, há entendimento doutrinário no sentido de que "Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o ato adquire a autoridade de coisa julgada, tornando-se imutável tanto no processo em que veio a ser proferida a decisão (coisa julgada formal) quanto em qualquer outro processo onde se pretenda discutir o mesmo fato criminoso objeto da decisão original (coisa julgada material). No direito brasileiro, a sentença condenatória evita se instaure novo processo contra o réu condenado, em razão do mesmo fato, quer para impingir ao sentenciado acusação mais gravosa, quer para aplicar-lhe pena mais elevada". Portanto, não há se falar, na hipótese em análise, em arquivamento implícito, inadmitido pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista que não se cuida de fatos diversos, mas sim de um mesmo fato com desdobramentos diversos e apreciáveis ao tempo da instauração da primeira ação penal. Ademais, a doutrina sustenta que "a proibição (ne) de imposição de mais de uma

> (bis) consequência jurídico-repressiva pela prática dos mesmos fatos (idem) ocorre, ainda, quando o comportamento definido espaço-temporalmente imputado ao acusado não foi trazido por inteiro para apreciação do juízo. Isso porque o objeto do processo é informado pelo princípio da consunção, pelo qual tudo aquilo que poderia ter sido imputado ao acusado, em referência a dada situação histórica e não o foi, jamais poderá vir a sê-lo novamente. E também se orienta pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, devendo o caso penal ser conhecido e julgado na sua totalidade - unitária e indivisivelmente - e, mesmo quando não o tenha sido, considerar-se-á irrepetivelmente decidido". Assim, em Direito Penal, "deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do favor rei, favor libertatis e ne bis in idem, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda" (HC, 2015).

Dessa forma, o relator fez garantir a vedação da dupla incriminação pelo mesmo fato delituoso (o roubo), evitando-se uma mácula da dignidade humana do condenado. Esta é a aplicação correta do *non bis in idem*.

O Tribunal de Justiça de Goiás, na análise do Mandado de Segurança 03945867120168090000, entendeu que deveria ocorrer o trancamento da ação penal devido à formalização de denúncia contra a mesma pessoa, com o mesmo fato delitivo, e com idêntica narrativa, caracterizando violação ao Princípio do *ne bis in idem*.

> MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME AMBIENTAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DUPLA DENÚNCIA PELO MESMO FATO DELITUOSO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. Comporta a concessão da segurança em favor da impetrante, para determinar o trancamento da ação penal contra ela instaurada, apresentada a acusação formal, declarada

> inepta, por ausência de descrição pormenorizada do crime, decisão não contraditada pelo representante ministerial, alcançada a estabilidade, sobrevindo a formalização de nova denúncia contra a mesma pessoa, sobre o mesmo fato delitivo, com idêntica narrativa, caracterizando violação ao princípio do ne bis in idem. ORDEM CONCEDIDA (TJGO, 2017).

Na ementa acima, percebe-se que o *parquet* tentou uma dupla incriminação do agente, sem ao menos atentar pela descrição dos fatos, mas atento o relator percebeu que havia verossimilhança, pois se tratava da mesma pessoa, mesmo fato e descrição idêntica à já narrada em outra Ação Penal, não restando alternativa ao Relator senão o trancamento da Ação para corrigir a ilegalidade.

Pelo fato de identificar que era mesma pessoa, mesmo fato e mesma narrativa, ao aplicar o Princípio ne bis in idem, num criterio lógico-jurídico o relator percebeu uma manifesta litispendência pois notou a repetição de delitos de outra ação, mesma causa de pedir, pedidos e réu de outro processo anterior; isso ocorre quando o réu está respondendo processo pelo mesmo crime, naquele ou em outra jurisdição, ou seja, há dois processos contra o mesmo réu, em razão do mesmo delito.

2.2 O STF E A VEDAÇÃO DA DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO

O Supremo Tribunal Federal como guardião dos mais profundos objetivos constitucionais, tem suma importância nas controvérsias jurídicas, pois será ele que proferirá a decisão final que colocará fim a ilegalidades, constrangimentos ilegais ou litígios.

A ministra Carmen Lúcia, na análise do HC nº 86606, decidiu que a continuidade da Ação Penal configuraria constrangimento ilegal, pois o fato já havia sido julgado no Juizado com decisão definitiva, e aplicou o Princípio *non bis in idem* para em defesa de direitos e garantias individuais.

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. 2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do ne bis in idem pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes. 3. Habeas corpus concedido (STF, 2007).

É notório que a suprema corte brasileira não admite a violação do Princípio *non bis in idem*, pois tal fato caracteriza ilegalidade e manifesto constrangimento ilegal, porque o réu já tendo sido submetido a uma ação penal anterior não pode suportar o peso estatal de outra acusação ou condenação pelo mesmo fato, sem contar que tal prática viola a dignidade e os direitos fundamentais do acusado, e, se torna imperativo o provimento judicial repudiando essa prática nefasta que não gera nenhum benefício, e também é uma questão de ordem pública e de moralidade administrativa, já que a administração pública na figura do Estado-juiz não pode aceitar ou mesmo se omitir perante uma tentativa de dupla incriminação por um fato já existente na jurisdição.

O ministro Gilmar Mendes, relator do HC 171118-SP, entendeu que o art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, são instrumentos que serão sempre observados para proteger os direitos dos cidadãos que foram processados por determinados delitos para impedir que sejam julgados duplamente pelos mesmos fatos, veja a acertada jurisprudência:

> Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e ne bis in idem. 3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de “proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos” (Casos Loayza Tamayo vs. Perú de 1997; Mohamed vs. Argentina de 2012; J. vs. Perú de 2013). 4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. 5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014. 6. Ordem de habeas corpus concedida para trancar o processo penal (STF, 2020).

A decisão do ministro também fez uma modulação com os arts. 5º e 8º do Código Penal brasileiro, conforme dispositivos a seguir:

> Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional;

> Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas; (BRASIL, 1940)

Mostrando assim, que a lei brasileira será sempre aplicada em conjunto com as convenções, tratados e regras de direito internacional para o julgamento de crime praticado no Brasil, quando as penas forem diversas ou idênticas, e assim, será computada a pena cumprida no estrangeiro para atenuar a pena imposta no Brasil em razão do mesmo crime.

Por fim, a Segunda Turma da Suprema Corte, devido à importância da matéria, por unanimidade de votos concedeu a ordem de *habeas corpus* ao paciente e determinou o trancamento do processo penal, reconhecendo a incidência de dupla persecução penal, porque se o feito seguisse seria uma violação do Princípio *non bis in idem* e das convenções e tratados internacionais em matéria de direitos fundamentais, os quais o Brasil aderiu para proteger seus cidadãos do arbítrio estatal.

3 O DIREITO PENAL E A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO *NON BIS IDEM*

Atualmente, em tempos de prisão a qualquer custo e aplicação de penas exorbitantes, é preciso que os interpretes da lei penal atentem para a observância do Princípio *non bis in idem* (vedação da dupla punição) para não ocorrer punição baseada no clamor popular, onde a ideia de justiça funciona como vingança, de forma que o condenado seja enclausurado com sentença duplicada, além daquilo que seria o razoável ou justo como reprimenda.

Afinal a sociedade está assolada por questões estruturais que fomentam a violência urbana, cabendo ao julgador atentar para a função essencial da pena, aplicar à luz da Constituição de 1988, para respeitar os limites e a legalidade na dosimetria, pois o sentenciado

não é um inimigo do Estado, mas apenas um indivíduo que desviou da norma penal, cabendo ao direito penal à proteção dos bens jurídicos tutelados.

A tarefa do Direito Penal é promover a constitucionalização do Direito, adequando-o às normas constitucionais para proteger a dignidade humana de indivíduos presumidamente inocentes contra abusos do Estado na aplicação da norma incriminadora.

O Princípio *non bis in idem* é previsto, tacitamente, no Código Penal no artigo 8º, que trata do cômputo da pena cumprida no estrangeiro, e o art. 42, que trata da detração penal, que nada mais é do que o abatimento na condenação, do tempo de prisão provisória; administrativa ou internação em estabelecimentos psiquiátricos; isso ocorre na fase de execução. Esse instituto tem previsão legal no art. 66, inciso III, *alínea* "c", da Lei de Execução Penal, que afirma que compete ao juiz da execução penal decidir sobre a detração da pena. Isto serve para não deixar o juiz aplicar uma dupla punição ao condenado. (BRASIL, 1984)

No Direito Penal o Princípio *non bis in idem* é utilizado para servir de limitador na aplicação de sanções, pois o objetivo da pena não é vingar do condenado para buscar a recomposição e a responsabilidade pelo transgredir a lei, mas aplicar devidamente a norma penal para a daquele que violou a lei.

Não se pode banalizar o princípio, pois ele é essencial quando se trata de aplicação de sanções penais, visando evitar a decretação de penas arbitrárias e ilegais, e com isso garantir condições mínimas de legalidade e razoabilidade nas condenações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado deve ser protetor dos direitos e garantias fundamentais para o bem estar social e a justa aplicação da lei pelo julgador, sem que haja máculas ou distorções na interpretação e aplicação das normas e na punição dos indivíduos.

O Estado Democrático de Direito nos últimos tempos, tem sofrido turbulências nas suas estruturas, principalmente colocando em dúvidas as conquistas em termos de proteção de direitos e liberdades fundamentais ao exercício da cidadania e da própria dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico tem sofrido aviltantes críticas em defesas de ideias em descompasso o tipo de Estado instituído pela Constituição Federal de 1998, por isso descrever e ressaltar argumentos que visam fortalecer o discurso democrático é sempre uma oportunidade mostrar ao leitor que mesmo com todos os defeitos que a jovem democracia brasileira possui, ela é por excelência o caminho que possibilita julgamentos pautados na lei e a possibilidade do condenado recorrer a instâncias superiores para fazer valer o direito ao duplo grau de jurisdição e possibilidade de reanálise da sua demanda.

Argumentar sobre o Princípio do *non bis in idem* é o momento de repudiar extremismos, o uso da máquina judiciária estatal como instrumento de vingança contra aqueles que o Estado tem como indesejáveis socialmente, e que ao entendimento do Estado arbitrário caberia sentenciar a penas altas, duplicar as penas e manter longe do convívio social, destruindo os objetivos humanos de seres que nasceram livres e que nessa condição devem permanecer principalmente quando a condenação é abusiva e ilegal.

A liberdade é a regra, pois o homem nasceu livre; já a prisão, o cárcere é exceção principalmente quando a pena aplicada não condiz com a conduta, em tese, praticada.

A regra da liberdade deve ser respeitada pelo Estado-juiz na aplicação do *jus puniendi*, pois jamais o Estado, protetor dos direitos e garantias fundamentais vai admitir que a principiologia jurídica seja vilipendiada para a aplicação de penas em duplicidade para manter o indivíduo além do tempo da condenação pela prática de uma conduta.

É preciso que os operadores do direito sejam sensatos e não aceitem ideias voltadas para o retrocesso em matéria de cidadania, liberdade, igualdade e dignidade, que são essenciais para a busca do bem estar social e da felicidade humana.

O Princípio *non bis in idem* é parte dos direitos fundamentais que ajuda a garantir ao cidadão o exercício da dignidade humana, pois evita a corrosão dos padrões éticos aceitáveis pela sociedade e pela própria ordem jurídica, é um princípio limitador frente às investidas de dupla incriminação em razão de mesmo fato, visto que impede o tratamento aviltante dos indivíduos, visando garantir a legalidade e a liberdade como regra.

O Estado tem o dever de punir aqueles que desviam das normas e que rompem a harmonia do ordenamento jurídico, mas não pode instrumentalizar a dosimetria da pena para vingar de determinados indivíduos que são condenados, pois cabe ao Estado apenas a aplicação do poder sancionador nos limites legais, visando sempre a possibilidade de reeducação dos egressos do cárcere, pois afinal a Constituição Federal é imperiosa, até na aplicação da pena pelo julgador devem prevalecer a forma dos princípios jurídicos na proteção dos indivíduos, tais com a legalidade, a pessoalidade, a proporcionalidade e a dignidade humana com fins do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 Jun 2022.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 29 Mai 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 24 Jun 2022.

MAIA, Rodolfo Tigre. **O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988**. 2005. Disponível em:<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-1988>. Acesso em: 29 Mai 2022.

SANTOS, Anderson Barbosa dos. **Informativo nº 0719**. Disponível em:<https://andersonbarbosa1980.jusbrasil.com.br/artigos/1329314338/stj-informativo-de-jurisprudencia>. Acesso em: 24 Jun 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 285.589-MG**. Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 04/08/2015, DJe 17/09/2015. Disponível em:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864078729/habeas-corpus-hc-285589-mg-2013-0420389-9> Acesso em: 25 Jun 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.847.488-SP**. 2021. Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em

20/04/2021, DJe 26/04/2021. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1199003024/recurso-especial-resp-1847488-sp-2019-0333904-6/inteiro-teor-1199003034> Acesso em: 25 Jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 171118-SP**. 2020. Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 12/11/2019. Data de publicação: 17/08/2020. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919851152/habeas-corpus-hc-171118-sp-0022288-8620191000000>. Acesso em: 25 Jun 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480 - DF. 1997. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 04/09/1997. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/sear-ch?classeNumeroIncident-e=%2-2ADI%201480-%22&base=acordaos&sinonim-o=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 29 Mai 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 86606 - MS. 1997. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 04/09/1997. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/75720-1/habeas-corpus-hc-86606-ms>. Acesso em: 24 Jun 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAPÁ. Apelação 00158571120128030001 – AP. 2016. Relatora: Desembargadora Stella Simonne Ramos. Data de publicação: 27/09/2016. Disponível em: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/392884964/apelacao-apl-158571120128030001--ap/inteiro-teor-392884967> Acesso em: 24 Jun 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. Mandado de Segurança 03945867120168090000 – GO. 2017. Relator Desembargador Carlos Alberto França. Data de publicação: 19/09/2017. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339740642/mandado-de-seguranca-ms-86871512016809000-0/inteiro-teor-339740643>. Acesso em: 24 Jun 2022.